Heft 21 [1513] 64. Jahrgang 25. Mai 1935

Juristische Wochenschrift

Organ der Reichsfachgruppe Rechtsanwälte des Bundes Nationalsozialistischer Deutscher Juristen

Herausgegeben von dem Reichsfachgruppenleiter Rechtsanwalt **Dr. Walter Raeke**, M. d. R., unter Mitwirkung der Mitglieder des Reichsfachgruppenrates:
Rechtsanwälte **Dr. Droege**, Hamburg; **Dr. Hawlitzky**, Forst i. L.; **Dr. Mößmer**, München; Prof. **Dr. Erwin Noack**, Halle a. S.; **Dr. Römer**, M. d. R., Hagen; **Dr. Rudat**, Königsberg/Pr.; **Wilh. Scholz**, Berlin; **Dr. Emil Schwartz**, Prenzlau, und Patentanwalt **Dr. Ullrich**, Berlin

Schriftleitung: Berlin W 35, Lützowufer 18 II. Fernruf Kurfürst B 1, 3718

Verlag: **W. Moeser Buchhandlung**, Inh.: Oscar Brandstetter, **Leipzig C 1**, Dresdner Straße 11/13
Fernsprecher Sammel-Nr. 72566 / Drahtanschrift: Imprimatur / Postscheckkonto Leipzig Nr. 63673
Geschäftsstelle in Berlin SW 48, Hedemannstr. 14. Fernsprecher Bergmann 217

Die Änderungen des Wettbewerbsrechtes nach dem Gesetz v. 26. Febr. 1935

Von Rechtsanwalt Dr. Hans Peter Danielcik, Berlin

I. Die Notwendigkeit eines gesunden Wettbewerbs ist bereits in der VO. über Wettbewerb v. 21. Dez. 1934 (RGBl. I, 1280) auch für das Dritte Reich klar ausgesprochen. Ein nationalsozialistisches Wettbewerbsrecht unterscheidet sich jedoch in seinen Grundlagen völlig von dem Recht des liberalistischen Zeitalters. Es geht nicht vom „Ich" der einzelnen „Konkurrenten" aus, sondern von der Volksgesamtheit und den Prinzipien der Lauterkeit, Leistung und Ordnung, die vom Gesichtspunkte des Ganzen, nicht des Einzelnen, zu betrachten sind, während bisher nicht die Gesamtheit (zu der auch die Verbraucherschaft gehört), sondern der Wettbewerber das „Schutzobjekt" war (vgl. RGSt. 47, 281), und aus diesem Grunde u. U. auch scharfer, die Gesamtheit schädigender und die volkswirtschaftliche Ordnung zerstörender Wettbewerb als „lauter" und erlaubt angesehen werden konnte (z. B. anreißerische Reklame).

Die Ordnung des Wettbewerbes im nationalsozialistischen Sinne dagegen schaltet Hemmungslosigkeit auch dort aus, wo sie bisher vielleicht als kaufmännisch „lauter" angesehen wurde. Sie läßt andererseits der gegenseitigen Leistungsentfaltung innerhalb des Rahmens, der vom Gemeinwohl und der Lauterkeit gezogen ist, freien Spielraum.

Das bis 1933 geltende Recht entsprach diesen Erfordernissen nicht voll. Eine Umgestaltung war notwendig. Zunächst wurde der Werberat gegründet. Ihm obliegt die Reichsaufsicht über das gesamte öffentliche und private Werbungswesen; er kann über die Art und Weise der Werbung Anordnungen treffen und hat in einer Reihe von Bekanntmachungen zur Neugestaltung des Werberechtes beigetragen. Sodann erfolgten unmittelbare gesetzliche Maßnahmen zunächst auf dem Gebiet des Zugabe- und Rabattwesens, sodann durch die bereits erwähnte VO. v. 21. Dez. 1934 für das Gebiet der Preisgestaltung. Allen diesen Maßnahmen ist eigen, daß sie vom Gemeinwohl, und nicht von den Belangen des einzelnen Wettbewerbers oder der Branche ausgehen. Besonders deutlich tritt dies in der Wettbewerbsverordnung heraus, wo es für die Frage der Preisschleuderei nicht darauf abgestellt ist, ob die niedrigeren Preise die Branche und die Mitbewerber schädigen, sondern ob Verpflichtungen, die im Gemeininteresse zu erfüllen sind — gegenüber Staat, Arbeitern, Gläubigern (hier auch nicht nur als Privatpersonen, sondern auch Sachwaltern volkswirtschaftlicher Werte) —, erfüllt werden können.

Das neue Ges. v. 26. Febr. 1935 bedeutet einen weiteren Fortschritt auf diesem Wege, indem es das Gebiet der Ausverkäufe und Schlußverkäufe ordnet und regelt.

II. 1. Zunächst die Ausverkäufe. Bereits in der Nov. z. UnlWG. von 1932 war festgelegt, daß der Ausdruck „Ausverkauf" nur bei wirklicher und dauernder Geschäftsaufgabe gebraucht werden sollte. Wer sein Geschäft aufgibt, soll erleichterte Möglichkeiten zur Verwertung seiner Ware erhalten. Denn dadurch werden Verbraucherschaft und Wettbewerber nicht beeinträchtigt. Der Verbraucher erhält billigere Preise. Der Wettbewerber erhält insofern ein Äquivalent, als der Ausverkäufer aus der Reihe der Wettbewerber ausscheidet. Um dieses Ausscheiden wirklich zu gewährleisten, verbot die Novelle dem Ausverkaufenden das Handeltreiben mit Waren gleicher Art innerhalb eines Jahres nach dem Ausverkauf.

Diese Bestimmung wurde nun in der Praxis häufig umgangen — ein typischer Fall für die liberalistische „Unordnung" der Wirtschaft. Der Ehegatte oder Sohn oder der leitende Angestellte oder Teilhaber einer Gesellschaft führten oft das Geschäft weiter oder eröffneten kurz nach dem Ausverkauf ein entsprechendes Geschäft. Diese Gesetzesumgehungen waren vom Standpunkt des Rechtspositivismus „rechtens", obwohl sie den Sinn und Zweck des Gesetzes ins Gegenteil verkehrten.

Deshalb sieht Art. I des Ges. eine Änderung des § 7c UnlWG. vor. Danach ist die Betriebsfortsetzung verboten nicht nur für den Geschäftsinhaber, sondern auch für den Ehegatten, die nahen Angehörigen und alle die, welche an einer Gesellschaft mit eigener Rechtspersönlichkeit wirtschaftlich maßgebend beteiligt sind oder auf ihre Geschäftsführung maßgebenden Einfluß haben. Als nahe Angehörige gelten Eltern und deren Voreltern, Kinder und Kindeskinder, voll- und halbbürtige Geschwister sowie ihre Ehegatten. Verboten ist es auch, daß eine dieser Personen in einem anderen Geschäft zwecks Umgehung — also z. B. bei Neugründung durch einen Strohmann, der nicht zu den aufgeführten Personen gehört, tätig wird. Hierdurch werden die Hauptumgehungsfälle ausgeschaltet.

Verboten ist ferner für jeden die Aufnahme eines gleichartigen Geschäftsbetriebes in den gleichen oder unmittelbar benachbarten Räumen mit den Waren des Ausverkaufenden. Denn bei solcher Wiederaufnahme würde das wettbewerbtrei-

bende Unternehmen praktisch bestehen bleiben und nur den Inhaber wechseln.

Verboten ist die Wiederaufnahme des Geschäftes durch die oben bezeichneten Personen (Angehörige, Mitarbeiter usw.) auch in benachbarten Gemeinden, soweit diese durch Anordnung des Reichswirtschaftsministers als ein Ort im Sinne dieser Wettbewerbsvorschriften zu gelten haben.

Schließlich finden diese Vorschriften nach § 7c Abs. 3 auch dann Anwendung, wenn eine unselbständige Verkaufsstelle aufgegeben und deswegen dort ein Ausverkauf veranstaltet wird. Der Hauptbetrieb darf dann am gleichen (bzw. auch am benachbarten) Ort innerhalb eines Jahres keine neue Verkaufsstelle eröffnen.

Die Bestimmungen sind durch diese Fassung geeignet, sämtliche Umgehungsmöglichkeiten zu erfassen.

Andererseits ist es zur Vermeidung unbilliger Härten vorgesehen, daß die höheren Verwaltungsbehörden nach Anhörung der zuständigen amtlichen Berufsvertretung (Industrie- und Handelskammer, Handwerkskammer) Ausnahmen von den Verboten zulassen kann.

III. Für sogenannte Räumungsverkäufe, die zum Zweck der Räumung eines bestimmten Warenvorrates vorgenommen werden (§ 7a UnlWG.) ist insofern eine formelle Änderung eingetreten, als im § 7a künftig die Worte „aus dem vorhandenen Bestand" wegfallen. Rechtlich wird hierdurch nichts geändert, sondern nur — was bisher nicht unbestritten war — klargestellt, daß Räumungsverkäufe auch das gesamte Warenlager ergreifen können.

IV. Saisonschlußverkäufe unterlagen bekanntlich den Beschränkungen der Ausverkäufe und Räumungsverkäufe nicht. Hieran ist auch durch das neue Gesetz nichts geändert. Wohl ist aber die Zulassung der Schlußverkäufe, die bisher weitgehend dezentralisiert war, einheitlich dem Reichswirtschaftsministerium unterstellt, das die Zulassungsbefugnis an eine andere Stelle delegieren kann. Damit können die Fragen der Saisonschlußverkäufe nicht mehr örtlich in der verschiedensten Weise gelöst werden.

Die zuständigen Organisationen (Kammern) werden natürlich hierdurch nicht ausgeschaltet.

Der Reichswirtschaftsminister bestimmt zukünftig Zeit, Dauer und Anzahl der Schlußverkäufe. Nur wenn er von seiner Befugnis keinen Gebrauch macht, bleibt die höhere Verwaltungsbehörde zuständig, die die amtlichen Berufsvertretungen hören muß.

Der Reichswirtschaftsminister kann auch das Vor- und Nachschieben für solche Verkäufe verbieten, d. h. die Hereinnahme von Waren minderer Qualität für die Verkäufe.

Bemerkenswert ist übrigens, daß das Gesetz in seiner neuen Fassung die Worte „Schlußverkäufe" oder „Inventurverkäufe" vermeidet und statt dessen von „Verkäufen, die auf Grund allgemeiner Zulassung um die Wende eines Verbrauchsabschnitts stattfinden", spricht.

V. Sonderverkaufsveranstaltungen.

Die zahlreichen und mit einer organischen Bedarfsdeckung schwer zu vereinbarenden Sonderverkäufe („Weiße Woche" usw.) konnten nicht weiter dem freien Belieben der Veranstalter überlassen bleiben. Deshalb sieht der neue § 9a vor, daß der Reichswirtschaftsminister „zur Regelung von Verkaufsveranstaltungen besonderer Art", die nicht zu den Ausverkäufen (§ 7—9) usw. gehören, Bestimmungen treffen kann. Infolgedessen ist die rechtliche Möglichkeit für die starke Einschränkung solcher Sonderveranstaltungen gegeben. Der Reichswirtschaftsminister hat von seiner Anordnungsbefugnis auch bereits Gebrauch gemacht: „Weiße Wochen" werden vorläufig nicht stattfinden.

Zusammenfassend ergibt sich, daß das Recht der Ausverkäufe und Sonderveranstaltungen eine erschöpfende Regelung in dem neuen Gesetz gefunden hat.

Devisenbewirtschaftung und Liegenschaftsrecht

Von Gerichtsassessor Gerhard Berghold, Berlin

Die Devisenbewirtschaftung hat für das Liegenschaftsrecht zahlreiche Schwierigkeiten gebracht und Zweifelsfragen aufgeworfen, die wiederholt in gerichtlichen Entscheidungen und Aufsätzen[1]) erörtert worden sind. Die darin niedergelegten Ansichten sind zum Teil überholt. Denn die das Liegenschaftsrecht betreffenden Bestimmungen haben im Laufe der Devisenbewirtschaftung zahlreiche Änderungen und Klarstellungen erfahren. Mit dem Erscheinen des Gesetzes über die Devisenbewirtschaftung und der Richtlinien vom 4. Febr. 1935 (RGBl. I, 105 ff.[2])) dürfte daher der Zeitpunkt für eine zusammenfassende Darstellung der das Liegenschaftsrecht behandelnden Vorschriften gekommen sein.

A. Grundstücksverkehr

I. 1. Der Grundstücksverkehr wird durch devisenrechtliche Beschränkungen verhältnismäßig wenig betroffen.

So kann ein Ausländer seinen inländischen Grundbesitz grundsätzlich ohne Genehmigung veräußern. Dagegen kann er über die Kaufpreisforderung nach § 17 DevG. nur mit Genehmigung verfügen. In der Regel wird nur die Zahlung des Kaufpreises auf ein Sperrkonto genehmigt, wenn der Verkäufer diese Zahlung an Erfüllungs Statt annimmt und die Devisenbank versichert, daß die Gefahr einer Aufrechnung nicht besteht (Ri. II, 44); wegen der Bestellung einer Restkaufgeldhypothek für den ausländischen Verkäufer vgl. unten B I 1 b. Ist das Grundstück mit einer Hypothek belastet und will der inländische Erwerber die persönliche Schuld des ausländischen Verkäufers übernehmen, so wird oft die übernommene Schuld mit einem Teil der Kaufpreisforderung verrechnet. Auch diese Verrechnung ist eine nach § 17 DevG. genehmigungsbedürftige Verfügung über die Kaufpreisforderung. Das gilt auch dann, wenn der Gläubiger die Schuldübernahme nicht genehmigt, der inländische Erwerber des Grundstücks aber dem Verkäufer für rechtzeitige Befriedigung des Gläubigers haftet (Erfüllungsübernahme, § 415 Abs. 3 BGB.) und nach dem Willen der Kaufvertragsparteien der Anspruch des Verkäufers aus der Erfüllungsübernahme an die Stelle eines entsprechenden Teils der Kaufpreisforderung treten soll. Besteht neben dem Anspruch aus der Erfüllungsübernahme die Kaufpreisforderung fort, so liegt in der Erfüllungsübernahme eine nach § 14 Abs 1 DevG. genehmigungsbedürftige Krediteinräumung. Die den ausländischen Grundstückseigentümer befreiende Schuldübernahme ist außerdem stets eine nach § 9 Abs. 2 DevG. oder § 11 DevG. genehmigungsbedürftige Verfügung über eine Forderung in ausländischer oder inländischer Währung. Ob die Genehmigung für die Schuld- oder Erfüllungsübernahme erteilt werden kann, wird im wesentlichen davon abhängen, wie weit man dem ausländischen Hypothekenschuldner die Zahlung der Schuld an den inländischen Gläubiger aus den Grundstückserträgnissen oder dem Grundstückserlös genehmigt hätte (für die Zwangsversteigerung und die Zwangsverwaltung des Grundstücks eines Ausländers vgl. Ri. II, 49). Denn insoweit bedeutet die Genehmigung der Schuld- oder Erfüllungsübernahme keinen weitergehenden Verzicht auf Zahlung in Devisen oder freier

[1]) Vgl. besonders C. H. Müller, Die Wirkung der devisenrechtlichen Vorschriften auf den Zivilprozeß und das Grundbuchrecht: JW. 1932, 1997; W. Thiele, Die Krediteinräumung unter Bestellung von Hypotheken oder Grundschulden im Verkehr mit Ausländern nach der DevVO.: JW. 1932, 2236.

[2]) Vgl. Hartenstein, Das neue Devisenrecht: JW. 1935, 657 u. 737.

Reichsmark, als man ihn ohnehin in Kauf genommen hätte. Die Entscheidung kann aber nur von Fall zu Fall getroffen werden. Das GBA. kann in allen diesen Fällen die Eigentumsänderung eintragen, ohne daß für die im Vertrag etwa vorgesehene Schuld- oder Erfüllungsübernahme eine devisenrechtliche Genehmigung vorgelegt zu werden braucht. Denn die Übereignung des Grundstücks ist unabhängig davon rechtsgültig, ob im Zusammenhang mit der Übereignung eine der erwähnten genehmigungsbedürftigen Handlungen vorgenommen wird. Das Gericht oder der Notar wird aber vor der Beurkundung des Kaufvertrags darauf hinzuwirken haben, daß für die genehmigungsbedürftigen Handlungen zunächst die Genehmigung eingeholt wird. Es bestehen auch keine Bedenken, daß die Parteien den Vertrag vorbehaltlich der devisenrechtlichen Genehmigung schließen.

2. Von dem Grundsatz, daß ein Ausländer ohne Genehmigung seinen inländischen Grundbesitz veräußern kann, enthält § 18 Abs. 2 DevG. eine Ausnahme für den Fall, daß der Ausländer das Grundstück mit Genehmigung einer Devisenstelle aus gesperrten Mitteln erworben hatte (vgl. Ri. II, 53 Abs. 2b). Dann ist für die Veräußerung wie auch für jede andere Verfügung über das Grundstück die devisenrechtliche Genehmigung erforderlich, und zwar muß die Genehmigung für jede Eintragung einer Rechtsänderung im Grundbuch nach § 29 Satz 2 GBO. durch eine öffentliche Urkunde (Genehmigungsbescheid der Devisenstelle) nachgewiesen werden. Haben Saarländer vor dem 1. März 1935 Grundstücke mit gesperrten Mitteln erworben, so entfällt für sie mit diesem Stichtag die Verfügungsbeschränkung des § 18 Abs. 2 DevG., eine etwa im Grundbuch eingetragene Verfügungsbeschränkung (vgl. dazu § 18 Abs. 3 DevG.) ist auf Antrag zu löschen (§ 5 VO. zur Einführung der Gesetzgebung über die Devisenbewirtschaftung und den Zahlungsverkehr mit dem Ausland im Saarland vom 23. Febr. 1935 [RGBl. I, 278]).

II. 1. Auch ein Inländer kann sein inländisches Grundstück ohne Genehmigung an einen Ausländer veräußern. Übernimmt der Ausländer mit einer auf dem Grundstück ruhenden Hypothek auch die persönliche Schuld, so ist das devisenrechtlich ohne Bedeutung. Denn für die Devisenbilanz ist es gleichgültig, ob der Ausländer denselben Betrag als Kaufpreis an den einen Inländer oder als Darlehn an den anderen Inländer schuldet. Durch die Genehmigung der Schuldübernahme räumt der inländische Gläubiger dem ausländischen Schuldübernehmer auch keinen Kredit ein (a. A. Hartenstein, Steuer- und Devisennotrecht, § 13 DevVO. Anm. 47). Für die Schuldübernahme durch den ausländischen Grundstückserwerber ist deshalb keine Genehmigung erforderlich, mag sie sich nach § 416 oder nach §§ 414, 415 BGB. abspielen. Aus der Vorschrift in Ri. II, 32b, die ausdrücklich nur die nach § 416 BGB. erfolgende Genehmigung des inländischen Gläubigers zur Schuldübernahme durch den ausländischen Erwerber eines Grundstücks ohne Genehmigung für zulässig erklärt, kann nicht die Folgerung gezogen werden, daß die Schuldübernahme in anderen Fällen der Genehmigung bedürfe. Stundet der Gläubiger dem Ausländer gleichzeitig mit der Genehmigung der Schuldübernahme die fällige Schuld, so kann das allerdings eine genehmigungsbedürftige Krediteinräumung sein, die Schuldübernahme als rechtlich davon unabhängige Handlung wird aber dadurch nicht genehmigungsbedürftig. Auch bei der Veräußerung eines inländischen Grundstücks durch einen Inländer an einen Ausländer kann nach alledem das GBA. die Rechtsänderung ohne Vorlage einer devisenrechtlichen Genehmigung eintragen. Wegen der Bestellung einer Restkaufgeldhypothek für den inländischen Verkäufer vgl. unten B II 1.

2. Will der Ausländer den Kaufpreis aus einem gesperrten Guthaben bezahlen (vgl. auch A I 2), so wird ihm hierzu nach Ri. II, 53 Abs. 2b die Genehmigung nur unter dem Vorbehalt des § 18 DevG. erteilt, daß eine Verfügung über das Grundstück, besonders die Veräußerung, nur mit Genehmigung der Devisenstelle zulässig ist. Das GBA. ist von dieser Verfügungsbeschränkung nach Ri. II, 54 zu benachrichtigen. Die Verfügungsbeschränkung ist aber nicht im Grundbuch einzutragen (§ 18 Abs. 3 DevG.), denn sie ist ein unbedingtes, im öffentlichen Interesse ergangenes Veräußerungsverbot, das der Eintragung im Grundbuch weder bedarf noch ihr zugänglich ist. Die ungenehmigte Verfügung über das Grundstück ist grundsätzlich nichtig. Der gutgläubige Erwerb wird nicht nach § 892 Abs. 1 Satz 2 BGB., der sich nur auf relative Veräußerungsverbote bezieht, geschützt, wohl aber durch § 38 DevG. Nicht genehmigte Verfügungen werden aber praktisch dadurch ausgeschlossen, daß der Grundbuchrichter auf Grund der Benachrichtigung durch die Devisenstelle verpflichtet ist, Vorsorge zu treffen, daß das Veräußerungsverbot beachtet und die Eintragung der Rechtsänderung ohne Beibringung der Genehmigung abgelehnt wird.

B. Hypothekenrecht

Das Hypothekenrecht wird im wesentlichen unter drei verschiedenen Gesichtspunkten vom Devisenrecht in Mitleidenschaft gezogen. Einmal ist die Bestellung von Grundpfandrechten für Ausländer ohne Genehmigung grundsätzlich verboten (§ 14 Abs. 2 DevG.). Weiter gelten alle Verfügungsbeschränkungen für Geldforderungen auch für Grundpfandrechte (Ri. II, 15; vgl. unten I). Schließlich ist auch die Kreditgewährung an Ausländer genehmigungsbedürftig (§ 14 Abs. 1 DevG.); daraus ergibt sich wiederum die Frage, inwieweit für Eintragungen im Grundbuch, die mit der Kreditgewährung an einen Ausländer im Zusammenhang stehen, Genehmigungen beigebracht werden müssen. Schon diese leitenden Gesichtspunkte zeigen, daß den devisenrechtlichen Verfügungsbeschränkungen im Hypothekenrecht ganz verschiedene Erwägungen zugrunde liegen, je nachdem, ob ein ausländischer Gläubiger einem Inländer oder ein inländischer Gläubiger einem Ausländer gegenübersteht. Im folgenden werden deshalb diese beiden Fälle getrennt behandelt (vgl. II und III). Schließlich wird dann noch zu zeigen sein, inwiefern Hypothekenbestellungen unter Ausländern (IV) oder unter Inländern (V) durch die Devisengesetzgebung berührt werden. Soweit zur Vereinfachung nur Hypotheken erwähnt werden, gilt für Grund- und Rentenschulden Entsprechendes.

I. Alle Verfügungsbeschränkungen für Forderungen sind auch auf Grundpfandrechte anzuwenden. Denn auch diese sind auf die Leistung einer bestimmten Geldsumme gerichtet (vgl. Hartenstein, Steuer- und Devisennotrecht, § 2 DevVO. Anm. 13; KG.: JW. 1932, 1756). Dementsprechend stellt Ri. II, 15 klar, daß als Forderungen i. S. von § 11 Abs. 2 (Verbot der Verfügung über Reichsmark- oder Goldmarkforderungen zugunsten eines Ausländers), § 15 (Verfügungsverbot für Altforderungen) und § 18 Abs. 1 DevG. (Verfügungsverbot für Sperrforderungen kraft Vorbehalts) auch Hypotheken, Grund- und Rentenschulden gelten. Ri. II, 15 enthält keine Erweiterung der Verfügungsbeschränkungen, die durch die Ermächtigung des § 2 Abs. 2 DevG. nicht gedeckt und deshalb ungültig wäre, sondern eine Bestätigung des Auslegungsergebnisses, das sich bei wirtschaftlicher Betrachtungsweise ohnehin aus dem Gesetz ergibt (vgl. KG.: JW. 1932, 1756; Müller: JW. 1932, 1999). Was für Hypotheken, Grund- und Rentenschulden gilt, trifft auch auf Eigentümergrundschulden zu. Sie sind zwar in gewisser Beziehung für den Eigentümer ein Teil seines Grundeigentums, das er nach dem zu A I 1 Gesagten ohne Genehmigung veräußern kann. Offenbar aus dieser Erwägung heraus bestimmten die Richtlinien vom 23. Juni 1932 in II, 32, daß Eigentümergrundschulden nicht als Reichsmark- oder Goldmarkforderungen gelten. Diese Auffassung ist aber zu eng. Es wäre z. B. devisenwirtschaftlich unbegründet, einem Inländer die Abtretung seiner Eigentümergrundschuld an einen Ausländer ohne Genehmigung zu erlauben, während die Abtretung einer Hypothek oder Fremdgrundschuld genehmigungsbedürftig ist. Denn auch die Eigentümergrundschuld wird durch die Abtretung zur Fremdgrundschuld. II, 32 der Richtlinien vom 23. Juni 1932 (jetzt Ri. II, 15) wurde deshalb durch die 3. VO. zur DevBew. v. 7. Dez. 1933 dahin geändert, daß als Forderungen i. S. von § 13 Abs. 2 DevVO. (jetzt § 11 Abs. 2 DevG.) auch Eigentümergrundschulden gelten. Bis zu dieser Änderung konnte ein Inländer jedoch ohne Genehmigung nach § 13 Abs. 2 DevVO. über seine Eigentümergrundschuld zu-

gunsten eines Ausländers verfügen, da Ri. II, 32 a. F. eine rechtsgültige Ausnahme für Eigentümergrundschulden vorschrieb (KG.: JW. 1935, 1343[5]).

Die Auslegungsvorschrift in Ri. II, 15 wird so aufzufassen sein, daß sie nur die wichtigsten Fälle hervorhebt, in denen Grundpfandrechte als Forderungen gelten. Dadurch soll aber nicht die Genehmigungsfreiheit für Verfügungen ausgesprochen werden, die nach einer anderen Vorschrift als §§ 11 Abs. 2, 15, 18 Abs. 1 genehmigungsbedürftig sind.

II. 1. a) Unter der Herrschaft der DevVO. v. 23. Mai 1932 (RGBl. I, 231) war es streitig, ob die **Bestellung eines Grundpfandrechts für einen Ausländer** genehmigungsbedürftig war. Das Erfordernis der Genehmigung konnte nur aus § 13 Abs. 1 DevVO. 1932 (jetzt § 14 Abs. 1 DevG.) hergeleitet werden. Nach dieser Bestimmung dürfen Kredite Ausländern nur mit Genehmigung eingeräumt werden. In Frage stand also, ob die Bestellung einer Sicherheit für einen Ausländer der Krediteinräumung gleichzustellen war. Das konnte man nur bejahen, wenn man neben den verschiedenen Formen der Geldhingabe gegen die Verpflichtung zur Rückerstattung in einem weiteren Sinn eine Krediteinräumung auch darin sah, daß ein Inländer einem Ausländer durch Bestellung einer Sicherheit an inländischen Vermögenswerten die Aussicht eröffnete, sich durch Verwertung der Sicherheit einen Geldbetrag zu verschaffen. Diese Ansicht konnte man aus den Richtlinien v. 23. Juni 1932 (RGBl. I, 317) herleiten; sie wurde besonders auch von **Hartenstein**, Steuer- und Devisennotrecht, § 13 DevVO. Anm. 37, und von **Thiele**: JW. 1932, 2237 vertreten, während das KG.: JW. 1932, 3188 sie ablehnte. Der Widerstand gegen diese Ausweitung des Begriffes Krediteinräumung mag sich vor allem daraus erklären, daß ein Inländer einem Ausländer in der Regel eine Sicherheit nur bestellen wird, wenn der Ausländer ihm einen Kredit gibt oder gegeben hat. Dann liegt eine Kreditgewährung durch einen Ausländer an einen Inländer, aber nicht umgekehrt durch einen Inländer an einen Ausländer vor. Diesem Fall trugen indessen auch die Richtlinien von 1932 Rechnung. Abschn. II, 29 c dieser Richtlinien (jetzt Ri. II, 32 a) nahm die Bestellung einer Hypothek oder einer Grundschuld durch den inländischen oder ausländischen Grundstückseigentümer ausdrücklich von dem Krediteinräumungsverbot des § 13 Abs. 1 DevVO. aus, wenn das Grundpfandrecht zur Sicherung eines von einem Ausländer gleichzeitig im Inland in ausländischer Währung oder freier Reichsmark gegebenen Kredits bestellt wurde. Aber gerade aus dieser Ausnahmebestimmung war zu schließen, daß die Richtlinien in allen Fällen, in denen das Grundpfandrecht nicht für einen gleichzeitig gegebenen Kredit bestellt wurde, eine genehmigungsbedürftige Krediteinräumung sah. § 8 Abs. 1 der 4. DurchfVO. zur DevVO. v. 9. Mai 1933 (RGBl. I, 278), jetzt § 14 Abs. 2 DevG., hat die Streitfrage entschieden. Danach steht die Bestellung von Sicherheiten, insbesondere von Hypotheken und Grundschulden, für einen ausländischen Gläubiger einer Krediteinräumung gleich. Die Streitfrage ist aber noch von Bedeutung für alle Sicherheiten, die einem Ausländer vor Inkrafttreten der 4. DurchfVO. bestellt worden sind. Für diese Zeit wird man der Ansicht des KG. beitreten müssen. Selbst wenn ein Inländer einem Ausländer noch nachträglich eine Sicherheit bestellt hat, lag darin nur eine Verstärkung der Forderung des Ausländers. Für die Bestellung von Sicherheiten zugunsten eines Ausländers fehlte ein gesetzliches Verbot, das durch die Richtlinien nicht ausgesprochen und am wenigsten durch Umkehrschluß aus den Richtlinien hergeleitet werden konnte. Auch für die Zukunft wird man sich von der — im Gesetz allerdings ausgesprochenen — Auffassung, daß die Bestellung einer Sicherheit einer Krediteinräumung gleichsteht, freimachen und die Bestellung von Sicherheiten zugunsten von Ausländern als eine ohne Genehmigung verbotene Rechtshandlung eigener Art ansehen müssen.

b) Von § 14 Abs. 2 DevG. enthält Ri. II, 32 a die schon erwähnte **Ausnahme** für den Fall, daß die Bestellung eines Grundpfandrechts zur Sicherung eines von einem Ausländer gleichzeitig im Inland in ausländischer Währung oder freier Reichsmark gegebenen Kredits erfolgt. Unter „gleichzeitig“ im Sinne dieser Vorschrift ist weniger das zeitliche Zusammentreffen der Kredithergabe und der Sicherheitsbestellung als die gegenseitige vertragliche Bedingtheit dieser beiden Rechtshandlungen zu verstehen. Da die Ausnahmebestimmung nur eingreift, wenn der Kredit in Devisen oder freier Reichsmark in das Inland fließt, ist die Genehmigung für die Eintragung der Hypothek immer erforderlich, wenn die Hypothek zur Sicherung einer Restkaufgeldforderung, eines aus Sperrguthaben gewährten Darlehns (Umlagerungskredit) oder eines Warenkredits dienen soll.

c) Bei Hypotheken für Umlagerungskredite ist also zu beachten, daß zwei verschiedene Genehmigungen erteilt werden müssen: einmal die Genehmigung für den ausländischen Kreditgeber zur Verfügung über sein Sperrguthaben, dann die Genehmigung für den inländischen Kreditnehmer zur Bestellung der Hypothek. Die Devisenstellen werden in der Regel beide Genehmigungen in einem Bescheid, den sie dem Kreditgeber erteilen, zusammenfassen. Es bestehen auch keine Bedenken, in der Genehmigung zur Verfügung über das Sperrguthaben zum Zweck der Darlehnsgewährung unter der Bedingung, daß das Darlehn durch eine Hypothek gesichert wird, zugleich die Genehmigung für die Bestellung der Hypothek zu sehen.

Sperrguthaben werden nach Ri. II, 53 zur Gewährung eines Hypothekendarlehns nur freigegeben, wenn die Laufzeit des Darlehns mindestens fünf Jahre beträgt. RE. 60/34 schreibt einen Zinsfuß von höchstens 4½% vor. Diese Bedingungen gelten auch für die Genehmigung der Hypothekenbestellung. Die Vereinbarung einer Verfallklausel oder eines vorzeitigen Kündigungsrechts bei unpünktlicher Zinszahlung, Konkurs des Schuldners und ähnlichen Ereignissen wird in der Praxis zugelassen. Es empfiehlt sich, daß auch diese Bedingungen in den Genehmigungsbescheid mit aufgenommen werden.

Die Verfügung über das Sperrguthaben wird wiederum nur unter dem Vorbehalt des § 18 DevG. erteilt, daß jede Verfügung über die Hypothek, besonders eine vorzeitige Rückzahlung, der Genehmigung bedarf. Das oben A II, 2 über dieses unbedingte Veräußerungsverbot Gesagte gilt entsprechend. Die verschiedentlich vertretene Ansicht, Gläubiger und Schuldner hätten die — im Grundbuch eintragbare — Vereinbarung zu treffen, daß die Verfügung über die Hypothek der Genehmigung bedarf, ist nicht zu billigen. Aus den Richtlinien läßt sich diese Ansicht nicht begründen. Das vertragliche Verfügungsverbot ist auch neben dem viel stärkeren behördlichen unbedingten Veräußerungsverbot überflüssig.

Für die Zeit vor der 8. DurchfVO., als die Bestellung einer Hypothek für einen Ausländer noch nicht genehmigungsbedürftig war (vgl. oben B II, 1 a), ergibt sich das Problem, ob der Grundbuchrichter eine Hypothek eintragen durfte, deren Bedingungen nicht mit den für den Umlagerungskredit maßgebenden Bedingungen übereinstimmten. Vgl. dazu LG. Breslau: JW. 1933, 643; zu beachten ist jedoch, daß das LG. Breslau das Erfordernis der Genehmigung für die Bestellung der Hypothek deshalb verneint hat, weil ein Ausländer sie für einen anderen Ausländer bestellt hat (vgl. unten B III, 1).

2. Bei **Verfügungen** über Grundpfandrechte eines Ausländers ist zwischen Althypotheken, neuen Hypotheken und Hypotheken, die ein Inländer einem Ausländer für einen Umlagerungskredit bestellt hat, zu unterscheiden.

a) Die Verfügung über eine für einen **Umlagerungskredit** bestellte Hypothek ist stets genehmigungsbedürftig, so z. B. die Abtretung, aber auch der Verzicht und die rechtsgeschäftliche Aufhebung der Hypothek.

b) **Althypotheken** sind Hypotheken, die vor dem 16. Juli 1931 zugunsten eines Ausländers entstanden sind. Ihnen stehen Hypotheken gleich, die zugunsten eines Auswanderers vor seiner Auswanderung entstanden sind. Die Verfügung über Althypotheken bedarf nach § 15 DevG. der Genehmigung.

aa) Will der Gläubiger die Althypothek an einen anderen Ausländer abtreten, so kann nach Ri. II, 52 Abs. 1 die Genehmigung erteilt werden, wenn die Abtretung nicht mittelbar oder unmittelbar zur Abdeckung der Forderung führt, z. B. dadurch, daß der neue Gläubiger aufrechnet. Die Ab-

tretung an einen Inländer kann nach Ri. II, 52 Abs. 2 genehmigt werden, wenn das Abtretungsentgelt auf ein Sperrkonto gezahlt wird und die Rechtsstellung des Schuldners nicht beeinträchtigt wird.

bb) Ri. II, 40 zählt eine Reihe von Rechtshandlungen auf, die nicht als Verfügungen nach § 15 DevG. gelten sollen. Sie sind also ohne Genehmigung zulässig. In Frage kommen die Kündigung, die Stundung, soweit nicht mit ihr die Zins- und Tilgungsbedingungen zuungunsten des Schuldners geändert werden (die Stundung unter Verschärfung der Zins- und Tilgungsbedingungen ist dagegen als Verfügung über die Hypothek selbst genehmigungsbedürftig), der Verzicht, und zwar sowohl der Verzicht auf die persönliche Forderung als auch der Verzicht auf das dingliche Recht unter gleichzeitiger Aufrechterhaltung der persönlichen Forderung, und die Änderung des Rangverhältnisses. Nicht erwähnt ist die rechtsgeschäftliche Aufhebung der Hypothek, die sich vom Verzicht dadurch unterscheidet, daß die Hypothek im Grundbuch gelöscht wird, also keine Eigentümergrundschuld entsteht. Devisenwirtschaftlich ist die Aufhebung der Hypothek des Auslandsgläubigers nicht anders zu beurteilen als der Verzicht. Da die Aufhebung aber in Ri. II, 40 nicht erwähnt wird, empfiehlt es sich, die Genehmigung stets einzuholen. In der Regel wird die Genehmigung zu erteilen sein.

cc) Die Tilgung der Althypothek ist als devisenwirtschaftlich wichtigste Verfügung stets genehmigungsbedürftig. Nach Ri. IV, 43 kann grundsätzlich nur die Genehmigung zur Rückzahlung auf ein Kreditsperrkonto oder bei von vornherein vereinbarten regelmäßigen Tilgungen nach Ri. IV, 46 die Genehmigung zur Zahlung an die Konversionskasse für deutsche Auslandsschulden erteilt werden.

dd) Bei anderen, in bb nicht genannten Verfügungen über Zinsforderungen aus einer Althypothek ist zu beachten, daß die Zinsforderungen nur dann den Beschränkungen für Altforderungen nach § 15 DevG. unterliegen, wenn sie schon vor dem 16. Juli 1931 fällig geworden sind; denn Ri. II, 39 bestimmt, daß Forderungen auf regelmäßig wiederkehrende Leistungen erst im Zeitpunkt ihrer Fälligkeit als entstanden i. S. von § 15 DevG. gelten. Die Verfügung über Zinsforderungen aus Althypotheken ist aber nach § 19 DevG. genehmigungsbedürftig. Allerdings erklärt Ri. II, 46 unter entsprechender Anwendung von Ri. II, 40 zu a bis c auch wieder die Kündigung, die Stundung ohne Verschärfung der Zins- und Tilgungsbedingungen und den Verzicht für genehmigungsfrei. Für die Zinsen aus Althypotheken kann nach Ri. IV, 46 grundsätzlich nur die Zahlung an die Konversionskasse genehmigt werden.

c) Neuhypotheken sind Hypotheken, die ein Inländer einem Ausländer für einen Kredit bestellt hat, der in Devisen oder freier Reichsmark nach dem Inland geflossen ist (vgl. Ri. II, 32a; IV, 45, 48b; § 1 Abs. 3 TransferG.). Derartige Kredite genießen im Rahmen der erwähnten Vorschriften insofern eine bevorzugte Behandlung, als für die Rückzahlung und Verzinsung — freilich mit einigen durch die Verschärfung der Devisenlage unerläßlichen Einschränkungen — die Genehmigung zur Zahlung zu freier Verfügung des Gläubigers erteilt wird. Sonstige Verfügungen über neue Hypotheken sind genehmigungsfrei. Die Abtretung einer neuen Hypothek an einen Ausländer, also die Verfügung über eine Reichsmark- oder Goldmarkforderung zugunsten eines Ausländers (§ 11 Abs. 2 DevG.) erklärt Ri. II, 19 ohne Genehmigung für zulässig. Andere Verfügungen, also z. B. die Abtretung an einen Inländer oder der Verzicht, sind von der Devisengesetzgebung überhaupt nicht erfaßt. Sie sind also ohne Genehmigung zulässig. Der Abtretung an einen Inländer kann aber eine genehmigungsbedürftige Zahlung oder Kreditgewährung durch den inländischen Zessionar an den ausländischen Zedenten zugrunde liegen.

d) Neben den Hypotheken für Umlagerungskredite und den eigentlichen Neuhypotheken gibt es noch solche, die nach dem 15. Juli 1931 zugunsten eines Ausländers entstanden sind, aber nicht unter die beiden erwähnten Gruppen fallen. Hat z. B. ein Ausländer einem Inländer nach dem Stichtag einen Kredit gewährt, der nicht in Devisen oder freier Reichsmark ins Inland geflossen, sondern vom Kreditnehmer im Ausland verwendet worden ist, so gelten für die Rückzahlung die Vorschriften für Altkredite (vgl. Ri. IV, 45 Abs. 2). In derartigen und ähnlichen Fällen werden für die Verfügung über die Hypothek des Ausländers in der Regel die für Althypotheken geltenden Vorschriften anzuwenden sein.

3. Das GBA. hat bei allen Eintragungen von Rechtsänderungen der in B II 1 und 2 genannten Art zunächst zu prüfen, ob für die Rechtsänderung eine devisenrechtliche Genehmigung erforderlich ist. Wird die Berichtigung des Grundbuchs beantragt, ist zu prüfen, ob die außerhalb des Grundbuchs eingetretene Rechtsänderung genehmigungsbedürftig war. Soll schließlich eine Eintragung vorgenommen werden auf Grund der Bewilligung einer Person, deren Recht sich nicht aus dem Grundbuch ergibt, die es aber von einem Ausländer erworben haben will (vgl. § 40 Abs. 2 GBO.), so ist ebenfalls zunächst zu untersuchen, ob der Rechtserwerb der Genehmigung bedurfte. Der Grundbuchrichter ist bei dieser Prüfung an die Auffassung der Devisenstelle nicht gebunden, wohl aber die Devisenstelle an die Auffassung des Grundbuchrichters (vgl. Ri. III, 11; KG.: JW. 1934, 3070 und Anm. dazu von J. von Edlinger: JW. 1935, 545). Dieser Bestimmung liegt der Gedanke zugrunde, daß ein Meinungsstreit zwischen Gericht und Devisenstelle nicht auf Kosten eines Antragstellers ausgefochten werden darf. Aus diesem Grundgedanken ergibt sich, daß nicht erst eine rechtskräftige Entscheidung, sondern jede Feststellung auch der untersten Instanz, daß für eine bestimmte Handlung eine Genehmigung erforderlich ist, die Devisenstelle bindet. Eine andere Frage ist es, ob die Devisenstelle die Genehmigung zu erteilen hat.

Hält der Grundbuchrichter eine Handlung für genehmigungsbedürftig, so ist die Genehmigung als „andere Voraussetzung der Eintragung" i. S. von § 29 GBO. durch eine öffentliche Urkunde (schriftliche Genehmigung der Devisenstelle) nachzuweisen. Auch in tatsächlicher Beziehung kann zweifelhaft sein, ob eine Rechtshandlung genehmigungsbedürftig ist, ob z. B. der Ausländer, für den eine Hypothek an einem inländischen Grundstück bestellt werden soll, dem Hypothekenschuldner das Darlehn in Devisen oder freier Reichsmark gegeben hat, oder ob eine Rechtshandlung vor dem Inkrafttreten der diese Handlung verbietenden Devisenvorschrift vorgenommen worden ist. Auch in diesen Fällen bildet der Tatbestand, der die Anwendung einer Ausnahmebestimmung oder die Außerachtlassung einer Verbotsvorschrift rechtfertigt, eine „andere Voraussetzung der Eintragung", die nach § 29 GBO. des Nachweises durch öffentliche Urkunden bedarf, falls sie nicht offenkundig ist oder ausnahmsweise im Wege freier richterlicher Beweiswürdigung erwiesen werden kann. Ein Negativattest der Devisenstellen wird nicht als genügender Nachweis anzusehen sein. Ist der Nachweis auf die angegebene Weise nicht zu erbringen, bleibt nichts anderes übrig, als daß sich der Antragsteller für eine an sich genehmigungsfreie Handlung die Genehmigung der Devisenstelle beschafft. Kommt die Devisenstelle zu dem Ergebnis, daß die Handlung unter eine Ausnahmebestimmung fällt oder vor dem Inkrafttreten der sie verbietenden Vorschrift vorgenommen worden ist, so wird sie trotzdem mit Rücksicht auf die grundbuchrechtlichen Erfordernisse die Genehmigung erteilen (vgl. KG.: JW. 1935, 213; KG.: JW. 1935, 1343[5] und die Anm. dazu von Bergholz).

Ist für die Eintragung selbst keine Genehmigung erforderlich, bewilligt aber der Auslandsgläubiger die Eintragung einer Rechtsänderung oder Berichtigung auf Grund einer genehmigungsbedürftigen Handlung seines Schuldners, so fragt es sich, ob das GBA. auch den Nachweis der Genehmigung für diese Handlung verlangen muß. In Frage kommt besonders die Löschung oder Umschreibung der Hypothek auf den inländischen Eigentümer, weil dieser die Hypothek zurückgezahlt hat. Das KG. hält in ständiger Rechtsprechung (KG.: JW. 1932, 1756; 1934, 109, 3070) den Grundbuchrichter für verpflichtet, den Nachweis der genehmigten Rückzahlung zu verlangen, weil zur Erteilung der Löschungsbewilligung nur der berechtigt sei, der über das Recht verfügen dürfe; wenn also die Verfügung ohne Genehmigung unzulässig sei, könne der Gläubiger auch die Löschung oder Berichtigung nur mit

Genehmigung vollwirksam bewilligen. Andere (vgl. Müller: JW. 1932, 1999; Hartenstein § 13 Anm. 39 und die dort Angegebenen) kommen zu demselben Ergebnis mit der Begründung, die Löschungsbewilligung sei zwar keine eigentliche Verfügung über die Hypothek, sie bilde aber den Teil eines auf eine Verfügung gerichteten zusammengesetzten Rechtsgeschäfts. Ob diese Ansicht auch bei der Berichtigungsbewilligung zutrifft, ist zweifelhaft. Der alle Fälle umfassenden Begründung des KG. dürfte deshalb der Vorzug zu geben sein.

III. 1. Will ein ausländischer Schuldner an seinem inländischen Grundbesitz eine Hypothek für seinen inländischen Gläubiger bestellen, so ist dazu, wenn nicht etwa ein aus gesperrten Mitteln erworbenes Grundstück belastet werden soll (§ 18 Abs. 2 DevG.; vgl. oben A I, 2), keine Genehmigung erforderlich (KG.: JW. 1934, 3186). Der Hypothekenbestellung wird aber regelmäßig eine nach § 17 Abs. 1 DevG. genehmigungsbedürftige Kreditgewährung durch den Inländer an den Ausländer zugrunde liegen. Bestritten ist, ob deshalb das GBA. vor der Eintragung der Hypothek den Nachweis verlangen muß, daß für die Kreditgewährung die Genehmigung erteilt oder nicht erforderlich ist. Da die Hypothek auch eingetragen werden kann, wenn die Forderung aus der Kreditgewährung noch nicht entstanden ist, kann das GBA. diesen Nachweis nicht verlangen (vgl. dazu Hartenstein, Steuer- und Devisennotrecht, § 13 DevVO. Anm. 13 und Müller: JW. 1932, 2000). Demgegenüber versucht Thiele: JW. 1932, 2236 nachzuweisen, daß sich nach dem Zweck des Krediteinräumungsverbots die Nichtigkeit der Krediteinräumung auch auf die Hypothek erstreckt. Dem kann nicht zugestimmt werden. Für eine Forderung aus einem sittenwidrigen und deshalb unheilbar nichtigen Rechtsgeschäft z. B. kann allerdings keine Hypothek bestellt werden. Auf Grund der devisenrechtlichen Vorschriften kann aber die Krediteinräumung durch den Inländer an einen Ausländer, selbst wenn die Devisenstelle die Genehmigung schon einmal versagt hatte, auf Grund neuer Tatsachen noch genehmigt werden. Dadurch wird der Inländer in die Lage versetzt, die für ihn schon eingetragene Hypothek durch Hingabe des Darlehns zu erwerben. Es bestehen auch keine Bedenken, daß die Hypothek für eine durch die Genehmigung bedingte Darlehnsforderung des Inländers bestellt wird (§ 1113 Abs. 2 BGB.). Selbst wenn in der Urkunde über die Bestellung der Hypothek eine derartige Bedingung nicht aufgenommen wird, ist die Hypothekenbestellung für einen noch nicht genehmigten Kredit mit derjenigen für eine bedingte Forderung doch so nahe verwandt, daß kein Anlaß besteht, die Hypothek für den noch nicht genehmigten Kredit für nichtig zu erklären (im Ergebnis ebenso Thiele: JW. 1932, 2237 für die Bestellung von Grundschulden).

2. a) Hat ein Inländer eine Hypothek gegen einen Ausländer auf dessen inländischem Grundstück, so ist die Abtretung an einen anderen Inländer genehmigungsfrei zulässig. Oft wird die Abtretung zur Sicherung eines Kredits erfolgen, den der Zessionar dem ausländischen Schuldner gewährt. Der Kredit kann in der Weise gegeben werden, daß der Zessionar den bisherigen Gläubiger befriedigt, oder daß er den zur Ablösung der Hypothek erforderlichen Betrag dem ausländischen Schuldner zur Verfügung stellt, während dieser wiederum seinen inländischen Gläubiger bezahlt und die dadurch zur Eigentümergrundschuld gewordene Hypothek unter Umwandlung in eine Hypothek oder Fremdgrundschuld seinem neuen inländischen Gläubiger abtritt. Diese Abtretung steht der Bestellung einer Sicherheit durch einen Ausländer für einen Inländer gleich, die keiner Genehmigung bedarf (vgl. oben B III 1. Ri. II, 34 a läßt für derartige Fälle die Genehmigung der Kreditgewährung durch den Inländer an einen Ausländer ausdrücklich zu. Es ist aber zu beachten, daß nicht jedesmal, wenn ein Inländer von einem anderen Inländer eine Hypothek gegen einen Ausländer erwirbt, eine Kreditgewährung an den Ausländer vorzuliegen braucht. Das ist z. B. dann nicht der Fall, wenn der Zessionar die Hypothek von dem Zedenten kauft, ohne die Fälligkeitsbestimmungen zugunsten des ausländischen Schuldners zu ändern, oder wenn ein Inländer nach § 268 BGB. in der Zwangsversteigerung über das Grundstück eines Ausländers die Hypothek des betreibenden inländischen Gläubigers ablöst, um sein eigenes Recht nicht zu verlieren. Erst wenn der ablösende Inländer die schon fällige Forderung gegen den ausländischen Grundbesitzer stundet, liegt eine Krediteinräumung vor. Im Fall des § 268 BGB. geht die persönliche Forderung und mit ihr nach §§ 401, 412 BGB. die Hypothek des betreibenden Gläubigers kraft Gesetzes auf den Ablösungsberechtigten über. Die Eintragung dieses Vorganges im Grundbuch ist eine Berichtigung.

In allen vorstehenden Fällen ist der Übergang der Hypothek vom bisherigen auf den neuen Gläubiger ohne Genehmigung rechtswirksam. Der Grundbuchrichter kann also die Abtretung oder Berichtigung des Grundbuchs eintragen, ohne daß eine devisenrechtliche Genehmigung beigebracht zu werden braucht. Soweit aber mit dem Übergang der Hypothek eine Kreditgewährung durch den inländischen Zessionar an den ausländischen Schuldner verbunden ist, entsteht wieder das oben B III 1 behandelte Problem, ob der Grundbuchrichter vor der Eintragung die Beibringung der Genehmigung für die Kreditgewährung verlangen muß. Die Frage ist wie oben zu verneinen.

b) Will der Inländer die Hypothek gegen einen Ausländer an einen anderen Ausländer abtreten, so ist das eine Verfügung über eine Reichsmark- oder Goldmarkforderung zugunsten eines Ausländers, die nach § 11 Abs. 2 DevG. stets genehmigungsbedürftig ist. Ob die Abtretung zu genehmigen ist, kann nur von Fall zu Fall entschieden werden. Gegen die Genehmigung werden regelmäßig keine Bedenken bestehen, wenn der Ausländer das Abtretungsentgelt in freier Reichsmark oder Devisen zahlt. Er erwirbt dann eine neue Hypothek.

c) Für sonstige Verfügungen über die Hypothek eines Inländers gegen einen Ausländer gilt folgendes:

aa) Die Verpfändung der Hypothek an einen Inländer ist nach dem zu a Gesagten stets genehmigungsfrei zulässig. Die Verpfändung an einen Ausländer bedarf nach dem zu b Gesagten der Genehmigung, sie ist außerdem aber auch nach § 14 Abs. 2 DevG. genehmigungsbedürftig.

bb) Die Stundung fälliger Zinsen und Tilgungsraten, die Zustimmung zur Aussetzung der Tilgung, der Verzicht auf Verzugszinsen und die Herabsetzung von Zinsforderungen sind nach Ri. II, 37 c ohne Genehmigung zulässig, soweit die erwähnten Maßnahmen nach kaufmännischen Grundsätzen üblich sind.

cc) Der Erlaß der persönlichen Forderung, der Verzicht auf das dingliche Recht (§ 1168 BGB.) oder die Aufhebung der Hypothek durch Rechtsgeschäft (§ 1183 BGB.) sind stets nach § 11 Abs. 2 DevG. genehmigungsbedürftig. Dasselbe muß für die Rangänderung der Hypothek zuungunsten des inländischen Gläubigers gelten, weil sie wirtschaftlich oft einem Verzicht gleichkommt. Wenn der Rangrücktritt unmittelbar auch zugunsten des vortretenden Gläubigers erfolgt, so schließt das nicht aus, daß darin gleichzeitig eine Begünstigung des ausländischen Grundstückseigentümers, also eine Verfügung zugunsten eines Ausländers liegt.

dd) Die Rückzahlung der Hypothek bedarf keiner Genehmigung.

IV. 1. Zweifel sind entstanden, ob auch ein Ausländer einer Genehmigung bedarf, wenn er an einem inländischen Grundstück eine Hypothek für einen anderen Ausländer bestellen will. Die Genehmigung ist stets erforderlich, wenn der Ausländer das Grundstück aus gesperrten Mitteln erworben hat (§ 18 Abs. 2 DevG.; vgl. oben A I 2). Abgesehen von diesem Fall hat man die Bestellung einer Hypothek durch einen Ausländer an einem inländischen Grundstück für einen anderen Ausländer ohne Genehmigung für zulässig erklärt, weil dadurch die deutsche Devisenbilanz nicht beschwert werde (vgl. zu dieser Frage KG.: JW. 1934, 237 mit weiteren Nachweisen; Heiseke: JW. 1935, 225; von Edlinger: JW. 1935, 661). Dem kann nicht zugestimmt werden. Es ist devisenwirtschaftlich nicht gleichgültig, wenn einem Ausländer erleichtert wird, für einen Anspruch gegen einen anderen Ausländer Befriedigung aus inländischen Vermögenswerten des Schuldners zu suchen. Allerdings ist auch das deutsche Grundstück im Eigentum eines Ausländers eine Form der Auslandsverschuldung. Allein die Gefahr, daß sich das

Grundeigentum in einen Geldanspruch eines Ausländers verwandelt, also in eine für die Devisenbilanz drückendere Form der Auslandsverschuldung, ist größer, wenn das Grundstück mit einer Sicherheit für einen Ausländer belastet ist. Mag es in den ersten Jahren der Devisenbewirtschaftung vertretbar gewesen sein, der daraus erwachsenden verstärkten Devisenbelastung Deutschlands keine Bedeutung beizumessen, so zwingt doch die verschärfte Devisenlage zu einer strengen Auslegung des Gesetzes. Das Gesetz erklärt aber die Bestellung einer Sicherheit für einen ausländischen Gläubiger schlechthin für genehmigungsbedürftig ohne Unterschied, ob das belastete Grundstück einem Inländer oder Ausländer gehört. Dazu kommt, daß nach Ri. I, 7 die Verbote des DevG., soweit nicht ausdrücklich etwas anderes bestimmt ist, ohne Rücksicht auf die Staatsangehörigkeit oder Ansässigkeit der Person gelten, welche die Rechtshandlung vornimmt (wie hier KG.: JW. 1934, 237). Es lassen sich auch Beispiele bilden, in denen die Bestellung einer Sicherheit für einen Ausländer an dem inländischen Grundstück eines anderen Ausländers zu einer gegenwärtigen verstärkten Belastung der Devisenbilanz führt. Vollstreckt z. B. der Gläubiger wegen seiner Zinsforderungen in das Grundstück, so wird man zulassen müssen, daß die beigetriebenen Zinsen an die Konversionskasse gezahlt werden. Das ist für die Devisenbilanz dann nachteilig, wenn die Zinsen des Gläubigers unter eines der mit der Schweiz, mit Holland, Belgien-Luxemburg oder Schweden abgeschlossenen Transferabkommen fallen, die Mieterträgnisse des Grundstückseigentümers dagegen nicht. Bei der Bestellung einer Hypothek an dem inländischen Grundstück eines Ausländers für einen anderen Ausländer muß deshalb die devisenrechtliche Genehmigung nachgewiesen werden. Die Ausnahme in Ri. II, 32 a gilt jedoch auch hier (vgl. oben B I 1 b).

2. Die **Abtretung** der Hypothek eines Ausländers auf dem inländischen Grundstück eines anderen Ausländers ist ebenfalls grundsätzlich genehmigungsbedürftig, soweit nicht die Ausnahmebestimmung in Ri. II, 19 eingreift. Dasselbe gilt für Eigentümergrundschulden (a. A. LG. Berlin: JW. 1934, 3017). Bei Hypotheken steht zwar die persönliche Forderung außerhalb der Devisenbewirtschaftung, nicht dagegen das dingliche Recht. Die Abtretung wird, soweit erforderlich, regelmäßig zu genehmigen sein. Ist der persönliche Schuldner Inländer, so ist Ri. II, 52 Abs. 1 anwendbar (vgl. oben B II 2 b aa).

V. Auch **unter Inländern** kann die Bestellung eines Grundpfandrechts genehmigungsbedürftig sein. Ri. II, 31 c hebt hervor, daß die Bestellung einer Hypothek, Grund- oder Rentenschuld durch den inländischen Grundstückseigentümer für die persönliche Schuld eines Ausländers als Krediteinräumung, d. h. als solche zugunsten des Schuldners, anzusehen ist. Die Genehmigung ist deshalb auch dann erforderlich, wenn der Gläubiger Inländer ist. Ist auch der Gläubiger Ausländer, so ist die Bestellung des Pfandrechts als Krediteinräumung zugunsten des Schuldners nach § 14 Abs. 1 und zugunsten des Gläubigers nach § 14 Abs. 2 DevG. genehmigungsbedürftig.

Der Boykott gegen deutsche Waren nach amerikanischem Recht

Von ***

Es ist in Deutschland bekannt, daß in den Vereinigten Staaten, und insbesondere in der Stadt Neuyork, private Initiative einen Boykott gegen deutsche Waren ins Leben gerufen hat, mit dem Ziel, die deutsche Ausfuhr nach Amerika zu unterbinden.

Im folgenden soll nun untersucht werden, ob und inwieweit dieser Boykott, so wie er organisiert worden ist und durchgeführt wird, dem Recht der Vereinigten Staaten (Federal Law) zuwiderläuft.

I.

Die Gesetzesvorschrift, auf die sich die Untersuchung stützt, hat folgenden Wortlaut (15 USCA 1):

„Jeder Vertrag, jede Vereinigung in Trust- oder anderer Form, oder ein Zusammenwirken mit dem Ziele Wirtschaft und Handel zwischen den einzelnen Staaten oder mit dem Auslande zu behindern, ist widerrechtlich."

Da diese Vorschrift nur eine Generalklausel darstellt, muß an Hand der Rechtsprechung geprüft werden, welche (organisierten) Maßnahmen, die den freien Handel behindern, in den Rahmen des Verbotes dieses Gesetzes fallen.

Hinsichtlich der in diesem Zusammenhange zuerst auftretenden Frage, ob ein Boykott grundsätzlich eine widerrechtliche Vereinigung im Sinne der obigen Gesetzesvorschrift darstellt, haben die Gerichte entschieden, daß ein Boykott nicht notwendig den Handel hindert, er deshalb an sich noch nicht ungesetzlich ist. Ob er ungesetzlich ist, hängt vom **Ziel** eines Boykotts oder von den **Mitteln** ab, die zu seiner Durchführung angewendet werden.

Der oben angedeutete Unterschied wird verdeutlicht in der Entscheidung **Bedford Cut Stone Co. et al. v. Journeymen Stonecutters Asso. of North America et al.** (274 US 37). In den Urteilsgründen führte der oberste Gerichtshof der Vereinigten Staaten aus, daß der Gegenstand des Boykotts wohl rechtlich, die Mittel dagegen widerrechtlich wären. Es sei hier nur folgende Stelle zitiert: „Eine Unterdrückung des zwischenstaatlichen Handels kann nicht durch die Tatsache entschuldigt werden, daß es das Ziel der Beteiligten war, sich Vorteile zu verschaffen, die sie sich mit Mitteln, die nicht in einer Unterdrückung des Handels bestanden hätten, ohne weiteres hätten verschaffen dürfen."

Es kann im Rahmen dieses Aufsatzes nicht darauf eingegangen werden, ob das Ziel dieses Boykotts nach amerikanischem Recht an sich ungesetzlich ist. Es gibt darüber keine Entscheidungen. Man kann nur ganz allgemein daran denken, daß der einzelne Bürger von sich aus nicht berechtigt ist, Handlungen zu begehen oder Aktionen ins Leben zu rufen, die sich gegen die Politik einer befreundeten Macht richten und notwendig zu einer Trübung der Beziehungen seines Landes mit der Regierung des anderen Landes führen mögen. Es ist denkbar, daß eine derartige „private Außenpolitik" Hochverrat ist, weshalb alle damit zusammenhängenden Handlungen als widerrechtlich anzusehen sind.

Die folgende Untersuchung wird sich deshalb allein mit der rechtlichen Würdigung der Mittel befassen, die oft von den Boykotteuren benutzt worden sind, nämlich

1. die schriftliche und mündliche Drohung an Firmen, zu veröffentlichen, daß sie deutsche Waren importieren oder führen;

2. die tatsächliche Veröffentlichung der Namen von Firmen, die deutsche Waren importieren oder führen.

Beim Boykott, bzw. bei den Mitteln, die zu seiner Durchführung angewendet werden, wird zwischen dem direkten (primary) und dem indirekten (secondary) Boykott unterschieden. Der Unterschied wird klar durch folgendes Zitat aus einer Entscheidung des US. Supreme Court (**Duplex Co. v. Deering** [254 US 443, 446]): Der wesentliche Inhalt des Klagevorbringens stützt sich auf die Behinderung des zwischenstaatlichen Handels der Klägerin, durch den beabsichtigt wird, vermittels eines sogenannten ‚indirekten Boykotts' einen Druck auf die Klägerin auszuüben. Es handelt sich um ein vereintes Zusammenwirken, das nicht nur bezweckt, daß seine Teilnehmer sich des geschäftlichen Verkehrs mit der Klägerin enthalten sollen, und das den Kunden der Klägerin rät, oder sie in friedlicher Weise zu überreden versucht, sich des geschäftlichen Verkehrs mit der Klägerin zu enthalten (direkter Boykott); sondern mit der Drohung des Verlustes und Schadens für die augenblicklichen und zukünftigen Kunden der Klägerin wird versucht, diese zu zwingen, sich von der Klägerin zurückzuziehen."

Was ist nun hier geschehen?

Eine Gruppe hat durch eine großzügig angelegte Propaganda bestimmte Kreise der Bevölkerung, die einen beachtlichen Prozentsatz der Abnehmer innerhalb der Gesamtbevölkerung darstellen, erfolgreich dahin beeinflußt, keine deutschen Waren mehr zu kaufen. Gleichzeitig ist jedoch die Propaganda dahin ausgedehnt worden, man solle überhaupt nicht mehr in Läden kaufen, die deutsche Waren führen. Weiter hat das Boykottkomitee schriftlich und mündlich die Wiederverkäufer und Importeure dahin zu beeinflussen gesucht, und auch beeinflußt, nicht mehr deutsche Waren zu führen, mit der Drohung, daß dann alle Anhänger ihrer Bewegung überhaupt nicht mehr von ihnen und in ihren Läden kaufen würden. So ist es z. B. bekannt, daß einer der Leiter der Boykottbewegung persönlich an die Inhaber aller Neuyorker Warenhäuser herangetreten ist und sie mit der unverhüllten Drohung des Käuferstreiks veranlaßt hat, keine deutschen Waren mehr zu führen, und jetzt in der letzten Veröffentlichung des Boykottkomitees befindet sich sogar eine Liste von Unternehmen, die „immer noch" deutsche Waren führen. Diese letzteren Maßnahmen sind zweifelsohne ungesetzlich im Sinne des Gesetzes, so wie es von den Gerichten ausgelegt worden ist.

Es soll jedoch nicht verkannt werden, daß die Entscheidungen, die „Behinderung des Handels" interpretieren, mit etwas anders gelagerten Tatbeständen zu tun haben. Am nächsten kommen die Entscheidungen, wie die oben erwähnte Duplex Co. v. Deering, in denen Gewerkschaften, deren Mitglieder Differenzen mit ihren Arbeitgebern hatten, versuchten, andere Gewerkschaften zu veranlassen, nicht mehr die Produkte dieses Arbeitgebers bei ihrer Arbeit zu benutzen. So z. B. wenn die streikenden Arbeiter einer Tapetenfabrik die Tapezierer zu veranlassen suchen, nicht mehr mit den Tapeten dieser Fabrik zu tapezieren. Versuche einer derartigen Beeinflussung sind immer wieder von den Gerichten als ungesetzlich bezeichnet worden. Ich zitiere hier nur folgende Sätze der Entscheidung in U.S. Gypsum v. Heslop (39 Federal 2nd 228): „... Der Druck sollte mit der Veröffentlichung und Weiterverbreitung dieser Flugschriften ausgeübt werden, um alle lokalen Gewerkschaftsführer darauf aufmerksam zu machen, in der Hoffnung, daß diese Organisationen und ihre Mitglieder sie den Wiederverkäufern und Kunden der Klägerin und den Bauarbeitern, die das Material der Klägerin verarbeiteten, zeigen würden. So sollten die Wiederverkäufer eingeschüchtert und veranlaßt werden, nicht mehr das Material der Klägerin zu benutzen. ‚Paß auf dieses Material auf!' ‚Paß weiter auf dieses Material auf!' waren die Schlagworte, mit dem Zusatz, daß die Klägerin die organisierten Arbeiter ‚unfair' behandelte. Man müßte blind sein, wenn man die Absicht nicht durchschauen würde und den natürlichen Erfolg nicht voraussehen könnte, sobald ein derartiger Plan durchgeführt werden würde. Ich urteile deshalb, daß die Beklagten ... einzeln und mit Hilfe der erwähnten Organisationen sich zusammengetan haben, um den zwischenstaatlichen Handel des Klägers durch die Anwendung der Mittel des indirekten Boykotts zu verhindern..."

Es kann jedoch aus diesen Entscheidungen, denen Arbeitskämpfe zugrunde liegen, mit gutem Recht a fortiori geschlossen werden, daß, wenn schon bei Lohnkämpfen die Gerichte einen indirekten Boykott als ungesetzlich erklärt haben (wo doch den Arbeitnehmern Streiks und gewisse Boykotte auf Grund anderer gesetzlicher Bestimmungen erlaubt sind), bei dem hier zugrunde liegenden Tatbestand die gleichen Druckmittel der Boykottbewegung gegen deutsche Waren fraglos widerrechtlich sein müssen, wo aus angeblich weltanschaulichen Motiven die Handelsbeziehungen mit einer befreundeten Macht durch widerrechtliche Privatinitiative zerstört werden.

So viel von der materiellrechtlichen Seite. Verfahrensrechtlich bestehen folgende Möglichkeiten: Einmal hat die Bundesregierung einen strafrechtlichen Anspruch, von dem sie aber aus innerpolitischen Gründen keinen Gebrauch gemacht hat. Auf der anderen Seite hat jedoch jeder Geschädigte das Recht, unabhängig davon, ob ein Strafverfahren anhängig ist oder nicht, zivilrechtlich seine Ansprüche gegen den Schadensstifter geltend zu machen. Das Gesetz sagt (15 USCA 15): „Jede Person, die durch Handlungen, welche nach den Antitrustgesetzen verboten sind, Schaden in seinem Unternehmen oder Eigentum erlitten hat, kann dafür in jedem Distriktgericht der Vereinigten Staaten Klage erheben; und zwar in dem Distrikt, in dem der Beklagte seinen Wohnsitz hat, sich aufhält, oder einen Vertreter hat, ohne Rücksicht auf die Höhe des Streitwertes. Es soll ihm der dreifache Betrag des von ihm erlittenen Schadens als Schadensersatz zugebilligt werden, zusammen mit den Kosten des Verfahrens und angemessenen Anwaltsgebühren."

Voraussetzung der Klage ist einmal, daß ein direkter Kausalzusammenhang zwischen der ungesetzlichen Handlung und dem erlittenen Schaden besteht, das andere Mal, daß ein errechenbarer Schaden bewiesen werden muß. Beide Voraussetzungen sollten unter den herrschenden Umständen unschwer zu erfüllen sein.

Außerdem besteht noch die allgemein prozessuale Möglichkeit der einstweiligen Verfügung. Zu ihrer Erlangung muß die Gefahr des nicht wiedergutzumachenden Schadens glaubhaft gemacht werden.

Aus der gesamten Sachlage geht eindeutig hervor, daß die Rechtsstellung der Boykotteure auf Grund der hiesigen Rechtslage außerordentlich schwach ist.

Kann eine GmbH. im Angehörigenverhältnis zu ihren Gesellschaftern stehen?

Von Senatspräsident des Preuß. Oberverwaltungsgerichts Dr. Franz Scholz, Berlin

Die Verneinung der gestellten Frage erscheint auf den ersten Blick selbstverständlich. Wenn auch die juristische Person grundsätzlich der natürlichen Person gleichsteht — sie hat auch wie diese eine Staatsangehörigkeit —, so findet doch das Ehe- und Verwandtschaftsrecht im Familien- und Erbrecht des BGB. nur auf natürliche Personen Anwendung. Aber auch außerhalb des BGB. gibt es Fälle, wo ein Angehörigenverhältnis (Ehe oder Verwandtschaft) besondere Rechtswirkungen äußert. Das Recht kennt teils Vergünstigungen für Angehörige — so im Steuerrecht —, teils Erschwerungen, insofern rechtsgeschäftliche Verfügungen zugunsten naher Angehöriger u. U. den Verdacht der Gläubigerbenachteiligung begründen. Es ist auch an den Fall zu denken, daß ein Vertrag wegen Irrtums über verkehrswesentliche Eigenschaften (Vertrauenswürdigkeit) des Vertragsgegners angefochten wird. Welche Stellung nimmt in allen diesen Fällen die juristische Person ein? Zur Raumersparnis sei die Erörterung hier auf die Rechtspersönlichkeit der GmbH. beschränkt. Hier kann die eingangs gestellte Frage nicht durchweg verneint werden.

Die Rechtsauslegung, diese höchste Aufgabe höchster Gerichte, hat sich vor allem vor der Buchstabenauslegung zu hüten. Maßgebend sind Sinn und Zweck des Gesetzes. Der Gesetzgeber, der alle Vorkommnisse des Lebens niemals regeln kann — wollte er dies, so wäre das Gesetz ein schlechtes —, behandelt vielfach nur die Regelfälle; in besonderen Fällen kann Sinn und Zweck des Gesetzes dazu führen, gegen seinen Wortlaut zu entscheiden (Scholz: R.- u. PrVerwBl. 51 [1931] 98 ff.). Die Richtigkeit dieses Satzes wird von der nationalsozialistischen Weltanschauung anerkannt. Diese hat uns gelehrt, daß jedes Gesetz, auch ein älteres, in der Rechtsatmosphäre der Gegenwart steht, die es durchdringt (Scholz: R.- u. PrVerwBl. 55 [1934] 235). Heute hat sowohl die Beurteilung von Tatbeständen wie die Auslegung der Gesetze

(nicht nur der Steuergesetze) nach nationalsozialistischer Weltanschauung zu erfolgen (§ 1 StAnpG. v. 16. Okt. 1934 [RGBl. I, 925]). Aus dieser Rechtsanschauung sind besonders drei Gesichtspunkte bei der nachstehend behandelten Frage anwendbar: Förderung der Familie (mit Rücksicht auf den Nachwuchs); eine gewisse Abkehr von den anonymen Kapitalgesellschaften; Schutz von Treu und Glauben auf allen Gebieten).

1. Vergünstigung mit Rücksicht auf nahe Angehörige im Steuerrecht.

Hier steht das Erbschaftsteuergesetz im Vordergrund: Wer nicht im Angehörigenverhältnis zum Erblasser steht, zahlt die höchste Steuer (Klasse V). Fällt hierunter auch ein Erbschafts- oder Schenkungserwerb der GmbH., falls Erblasser oder Schenker ein Gesellschafter, der Hauptgesellschafter oder gar der Alleingesellschafter der GmbH. ist? Wesentlich beteiligte Gesellschafter gelten in mancher Beziehung als Mitunternehmer[1]); der Alleingesellschafter (Einmann) ist in der Rechtsprechung wiederholt mit der GmbH. gleichgestellt worden (Scholz, GmbHG. S. 605)[2]), was dazu führen könnte, ihn als nahen Angehörigen der GmbH. zu behandeln. Trotzdem ist mit der einhelligen Ansicht daran festzuhalten, daß juristische Personen nach Steuerklasse V erben. Dies gilt nicht wegen des Wortlauts des Gesetzes, sondern weil das Gesetz bezweckt, den unentgeltlichen Erwerb naher Familienangehöriger zur Stärkung der Familienbande zu begünstigen, nicht aber die Beteiligung an einer Kapitalgesellschaft. Selbst wenn diese eine Familiengesellschaft ist, so daß der von einem Gesellschafter hergeleitete Erbschafts- oder Schenkungserwerb der GmbH. den Familienangehörigen des Erblassers (Schenkers) zugute kommt, ist nicht anders zu entscheiden. Denn es steht der Weg unmittelbarer Zuwendung an die Familienangehörigen offen, und es würde die Berücksichtigung des Familienverhältnisses zu Künstelei und unlösbaren Schwierigkeiten führen, wenn die im Verbande der GmbH. stehenden Familienangehörigen nicht unter eine, sondern unter mehrere oder alle fünf Steuerklassen fallen, oder wenn auch ein Fremder beteiligt ist. Allerdings wird bei Familienstiftungen das Verwandtschaftsverhältnis berücksichtigt (§§ 2 Abs. 2 Nr. 1, 3 Abs. 1 Nr. 7, 9 Abs. 2 ErbschStG.); und zwar entscheidet die Verwandtschaft des „entferntest Berechtigten" zum Erblasser oder Schenker. Aber dies betrifft nur den erstmaligen Übergang von Vermögen auf eine Stiftung und stellt sich als Ausnahmevorschrift dar.

Die GmbH. schuldet Körperschaftsteuer, nicht Einkommensteuer. Das Kinderprivileg gilt nicht für die Körperschaftsteuer. Eine GmbH. kann sich nicht darauf berufen, daß ihre Gesellschafter eine bekinderte Familie darstellen.

Konnte das bisher Gesagte als zweifelsfrei erscheinen, so können doch Zweifel aus anderen Steuergesetzen sich ergeben. Hier kommt besonders die preuß. Hauszinssteuer in Betracht (HauszinsStVO. i. d. Fass. v. 9. März 1932 [GS. 114]. Das Kernstück dieser Steuer ist ihre Staffelung nach Maßgabe der Grundstücksbelastung, die der Inflation verfiel: Je größer die Belastung war, um so größer der Inflationsgewinn des Eigentümers und um so höher daher die „Geldentwertungsausgleichsteuer" („Gebäudeentschuldungssteuer"). Die PrHauszinsStVO. schreibt nun in Art. I § 4 Abs. 3 Satz 3 und in § 5 Abs. 2 Satz 2 vor, daß Grundpfandrechte, die zugunsten gewisser naher Angehöriger des Grundeigentümers eingetragen sind, nicht als Belastung gelten. Wie liegt es hier, wenn am gesetzlichen Stichtag der Grundeigentümer eine GmbH. war und die Hypothek zugunsten eines Gesellschafters oder des Haupt- oder Alleingesellschafters dieser GmbH. eingetragen stand — oder umgekehrt? Das OVG. hat in grundsätzlicher Entscheidung vom 29. Nov. 1929 (OVG. 85, 28) das Vorliegen einer sog. Angehörigenhypothek (Verwandtenhypothek) in solchen Fällen verneint; es hat die zur Verneinung führende Grundauffassung auf ähnliche Rechtslagen erstreckt (OVG. 85, 46; 86, 43; 87, 9, 48) und bisher ständig aufrechterhalten. Ich halte diese Rechtsprechung, an der ich beteiligt war, für richtig (Scholz, Handb. des ges. öffentl. Grundstücksrechts Bd. II, 1935, 136 Anm. 56). Zu welchen praktischen Unmöglichkeiten eine gegenteilige Auffassung führt, mag in jenen Urteilen nachgelesen werden. Die Klarheit und Einfachheit des Rechts darf durch Spielereien nicht getrübt werden. Insbesondere kann auch bei der Einmanngesellschaft nicht anders entschieden werden. In OVG. 87, 48 (53) ist gesagt: „Wird aber bei einer Realsteuer der überwiegenden Beteiligung an einer Gesellschaft die Berücksichtigung versagt, so würde es zur Willkür, wollte man eine Beteiligung zu 100% steuerlich beachten, eine solche zu 99% und weniger aber nicht. Dies auch deshalb, weil die Kapitalbeteiligung ... ständigem Wechsel unterworfen ist, besonders bei der Aktiengesellschaft, die aber steuerrechtlich keineswegs anders als die GmbH. behandelt werden kann." Wer durch Gründung einer juristischen Person oder Beteiligung an ihr den guten Tropfen genießt, genießt auch den bösen. Die heutige Anschauung steht hiermit in Einklang.

Andere Fragen entstehen im Hauszinssteuerrecht bei der Steuervergünstigung für eigengenutzte Räume und kleine Einfamilienhäuser (Art. I §§ 4a, 5 HauszinsStVO.). Die Entscheidung kann nur aus dem Zweck dieser Vergünstigung entnommen werden. Letztere besteht bei eigengenutzten Räumen deshalb, weil hier der Eigentümer nicht in der Lage ist, die Steuer auf Mieter abzuwälzen, während bei kleinen Einfamilienhäusern neben diesem Zweckgedanken der weitere hinzukommt, es solle die Entlastung des Wohnungsmarktes und Befriedigung bescheidenen Wohnbedürfnisses durch Eigenheime begünstigt werden. Aus diesen Grundgedanken hat das OVG. wichtige Folgerungen gezogen. Unbedenklich ist ein Grundstück, dessen Eigentümer und gewerblicher Nutzer eine GmbH. ist, zwar nicht eigenbewohnt, aber eigengewerblich genutzt; der § 4a ist also anwendbar. Stehen aber als Eigentümer und Nutzer sich gegenüber einerseits eine GmbH., andererseits einzelne ihre Gesellschafter, mögen diese Einzelmieter sein oder als Gesamthand auftreten (Erbengemeinschaft, OHG. usw.) oder ihrerseits Mitglieder einer anderen juristischen Person sein, die im Verhältnis zu jener GmbH. Mieter oder Vermieter ist, so versagt die Vergünstigung (OVG. 85, 46; 87, 48). Während der § 4a die Frage der Nämlichkeit (Identität) von Eigentümer und Nutzer aufwirft[3]), kommt es bei § 5 (kleine Einfamilienhäuser) auf das Wohnen einer Familie im Eigenheim an. Dieser Fall liegt nicht vor, wenn eine juristische Person (GmbH.) Eigentümer ist[4]), in diesem Fall auch dann nicht, wenn der Alleingesellschafter der Einmann-GmbH. oder einer seiner nahen Angehörigen das Einfamilienhaus bewohnt. Letzteres ist zwar vom OVG. noch nicht entschieden, folgt aber aus seiner sonstigen Rechtsprechung, auch aus § 5 Abs. 3 HauszinsStVO., wo als Ausnahme bestimmt ist, daß, wenn eine Baugenossenschaft Eigentümer ist, der Fall des Eigenwohnens dann gegeben ist, wenn ein Mitglied dieser Genossenschaft mit der Anwartschaft auf spätere Eigentumsübertragung das Einfamilienhaus bewohnt.

[1]) § 30 Abs. 3 EinkStG. 1925; § 17 Abs. 1 EinkStG. 1934.

[2]) Auch RFH. 14, 301 (für die AktG. u. Obligationensteuer); ferner RGZ. 112, 236 = JW. 1926, 550; 118, 113; 120, 284 = JW. 1928, 1392; 122, 378 = JW. 1929, 735; 124, 166 = JW. 1929, 2519; JW. 1929, 1374; 1930, 3740.

[3]) Die Frage der Nämlichkeit entscheidet auch bei der Prüfung, ob eine — im Hauszinssteuerrecht nicht als Grundstückslast zu behandelnde — Eigentümerhypothek (-grundschuld) vorliegt. Letzteres ist nicht der Fall, wenn als Grundeigentümer und dinglich Berechtigter sich gegenüberstehen eine GmbH. und deren Gesellschafter. Denn da der Eigentümerbegriff im Hauszinssteuerrecht (Realsteuer) im juristischen, nicht im wirtschaftlichen Sinne zu fassen ist (über den aus §§ 9, 98 RAbgO. 1931 zu entnehmenden gegenteiligen, aber praktisch unmöglichen Sinn des GrStRahmenG., in Preußen nicht in Geltung, s. Scholz: StW. 1931 Teil I Sp. 378 ff., anders aber RFH. 37, 50), so kann auch die Frage der Nämlichkeit bei einer Realsteuer nur juristisch, nicht wirtschaftlich gefaßt werden (OVG. 87, 17). Auch der Erwerbsbegriff in § 4 Abs. 6 Satz 1 HauszinsStVO. ist der juristische (OVG. 83, 47).

[4]) OVG. bei Pape, Das preuß. Hauszins- u. Grundvermögensteuerrecht Bd. 1 S. 61.

Eigenheime, die nach dem 31. März 1934 (z. F. 31. Mai 1934) bezugsfertig geworden sind, sind für mehrere Jahre von gewissen Steuern befreit. In den Rechtsnormen[5]) heißt es: „Der Eigentümer muß das Haus in vollem Umfang oder mindestens zur Hälfte selbst bewohnen." Daß dieser Fall nicht vorliegt, wenn eine GmbH. der Eigentümer ist, folgt allein schon daraus, daß zwar Befreiung von der Einkommensteuer, nicht aber von der Körperschaftsteuer vorgesehen ist. Der Eigentümer muß also eine natürliche Person sein. Ein solcher Eigentümer bewohnt nicht „selbst", wenn eine GmbH., deren Gesellschafter oder auch Alleingesellschafter jener ist, das Haus gewerblich nutzt oder wenn ein Angestellter der GmbH. oder ein anderer Gesellschafter oder dessen Angehörige oder ein Angehöriger des Eigentümers, ohne diesen, das Haus bewohnt. Dies steht im Einklang mit dem oben über Einfamilienhäuser Gesagten.

2. Rechtsgeschäfte mit nahen Angehörigen.

Während in den zu 1 behandelten Fällen die Anwendung rechtlicher Vergünstigungen in Frage stand, handelt es sich im Nachstehenden um Erschwerung. Im Vordergrund steht die Anfechtung von Rechtshandlungen des Gemeinschuldners (Schuldners) mit nahen Verwandten: § 31 Nr. 2 KO.; § 3 Nr. 2 AnfG. Nach dem Wortlaut werden hiervon nur natürliche Personen getroffen. Dem folgte bis in die jüngste Zeit die einhellige Lehre. Sie nahm zwar bei Gesamthandverhältnissen (OHG., einfache KommGes.) entsprechende Anwendung an, und zwar sogar in verschärfter Form, insofern zur Anfechtung es genüge, daß auch nur einer der Gesellschafter zu dem Dritten in jenem Angehörigenverhältnisse stehe[6]). Aber vor juristischen Personen machte die Rechtsentwicklung halt; jene erschienen damit als rechtlich bevorzugt. Und doch gilt die OHG. nach einer beachtlichen Meinung auch in Deutschland als juristische Person; sie ist es nach allen romanischen Rechten. Ein Bruch mit jener Anschauung wurde erst eingeleitet durch das österreichische Recht, das für die deutsche Rechtsentwicklung vielfach vorbildlich war: In § 32 Abs. 2 Österr. KO. (Abs. 2 beruhend auf Ges. v. 20. Febr. 1925) ist, freilich mit Beschränkung auf die GmbH., bestimmt: „Ist der Gemeinschuldner eine GmbH., so gelten die Gesellschafter und deren nahe Angehörige im Verhältnis zur Gesellschaft als nahe Angehörige." Im Anschluß hieran trat Wassertrüdinger (LZ. 1926 Sp. 581) für solche Annäherung ein. Karger (LZ. 1927 Sp. 1463) will die Anfechtung bei Verträgen des Geschäftsführers der GmbH. mit seinen Angehörigen und des Hauptgesellschafters mit seinen Angehörigen Platz greifen lassen. Auch Bovensiepen (ebenda 1927 Sp. 1255) trat für Erweiterung des Anfechtungsrechts ein. Jaeger (KO., 6./7. Aufl., § 31 Anm. 30) wünscht eine dem österr. Recht entsprechende gesetzliche Regelung; schon jetzt sei unbedenklich die Einmanngesellschaft mit „Eigendirektor" (Einmann als Geschäftsführer) für das Anfechtungsrecht der natürlichen Person gleichzustellen.

Das österr. Recht hat Nachahmung und der Wunsch Jaegers Erfüllung gefunden neuestens in der deutsch. VerglO. v. 26. Febr. 1935, § 108 Abs. 2 (RGBl. I, 321), wo es heißt: „Im Vergleichsverfahren über eine GmbH. gelten die Gesellschafter und frühere Gesellschafter, wenn sie im letzten Jahre vor dem Antrag auf Eröffnung des Vergleichsverfahrens aus der Gesellschaft ausgeschieden sind, als nahe Angehörige der Gesellschaft (§ 4 Abs. 2). Das gleiche gilt für die nahen Angehörigen der im Satz 1 bezeichneten Gesellschafter."

Ein weiteres Beispiel ergibt sich aus §§ 20, 22 Abs. 1 AufwG. v. 16. Juli 1925: Eine gelöschte PM.-Hypothek kann mit dem alten Range in Höhe des Aufwertungsbetrags wieder eingetragen werden, soweit der öffentliche Glaube des Grundbuchs nicht entgegensteht. Dieser steht nicht entgegen, wenn nach dem 1. Jan. 1925 dingliche Rechte durch den Eigentümer oder seine nahen Angehörigen erworben sind, es sei denn, daß der Erwerber beweist, daß ihm eine Gläubigerbenachteiligungsabsicht nicht bekannt war. Hier hat das RG. (RGZ. 130, 340 = JW. 1931, 582) den neuen Rechtsgedanken durchgreifen lassen: Trotz erfolgter Eintragung einer späteren Hypothek wurde die Wiedereintragung des gelöschten Rechts zum alten Range zugelassen, weil die GmbH. als Grundstückseigentümerin die spätere Hypothek für einen ihrer Gesellschafter bestellt hatte, der zugleich zu allen anderen Gesellschaftern im Angehörigenverhältnis stand.

Zu diesen Fragen ist zu bemerken:

a) Hinsichtlich der GmbH. habe ich in Rundschau f. GmbH. 1934 Sp. 851 ff. Stellung genommen mit dem Ergebnis, daß dem österr. Recht (jetzt auch der deutsch. VerglO.) zu folgen sei: Es gelten die Gesellschafter der GmbH. und deren nahe Angehörige im Verhältnis zur GmbH. als nahe Angehörige. Dies gilt sowohl für das Anfechtungsrecht wie für §§ 20, 22 Abs. 1 AufwG. Darin liegt m. E. eine sinngemäße Anwendung der auf natürliche Personen zugeschnittenen Gesetzesvorschriften unter Berücksichtigung der eingangs erwähnten Auslegungsgrundsätze. Der Gesetzgeber hat auch hier nur an den Regelfall gedacht. Aber der Schutz des Gläubigers gegenüber dem Gemeinschuldner (Schuldner) darf nicht dadurch abgeschwächt werden, daß dieser eine juristische Person ist. Eine Bevorzugung der juristischen Person vor einer natürlichen im Rechtsverkehr kann da, wo der Gesichtspunkt von Treu und Glauben einschlägt, nicht geduldet werden. Für die Aktiengesellschaft und andere juristische Personen wird freilich eine Formel schwer sich finden lassen. Jeden Aktionär als nahen Angehörigen der Aktiengesellschaft aufzufassen geht nicht an. Hier gilt das unten zu c Gesagte. Der für die GmbH. aufgestellte Rechtssatz bedeutet zwar scheinbar eine Verschärfung des für natürliche Personen geltenden Rechts; denn bei der GmbH. soll das Angehörigenverhältnis nur zu einem Teil der Rechtsperson (ein Gesellschafter) bereits die Anfechtung usw. begründen. Aber für die offene Handelsgesellschaft (siehe oben) wird dasselbe angenommen. Ebenso wird, wenn mehrere gemeinschaftlich einen Vertrag mit einem Dritten geschlossen haben, das Anfechtungsrecht aus §§ 119 ff. BGB. jedem einzelnen von ihnen zuerkannt (RGZ. 56, 424). Daher genügen Willensmängel auch nur eines von mehreren Kollektivgeschäftsführern der GmbH. zur Anfechtung der Willenserklärung (Scholz, GmbHG. S. 371). Unerlaubte Handlungen seitens der Geschäftsführung der GmbH. begründen eine Haftung der GmbH. (§ 31 BGB.) schon dann, wenn von mehreren Gesamtvertretern nur einer unerlaubt handelte (Scholz a. a. O. S. 376). In allen diesen Sätzen kommt der Gedanke zum Ausdruck, daß Verdachtsumstände, Willensmängel und Delikte, überhaupt Ordnungswidrigkeiten, Gegenwirkungen erzeugen, die durch Gemeinschafts- und Mehrheitsverhältnisse keinesfalls abgeschwächt werden dürfen, so daß hier eine verschärfte Gegenwirkung in Kauf genommen werden muß. Dies entspricht heutiger Rechtsanschauung.

Anfechtbar sind daher, wenn eine GmbH. der Schuldner (Gemeinschuldner) ist, Verträge auch nur eines der Gesellschafter mit seinen nahen Angehörigen. Diese Angehörigen gelten daher im Sinne der KO. und des AnfG. als solche der GmbH. Ist dies aber richtig, so muß um so mehr jeder Gesellschafter der GmbH. als deren naher Angehöriger gelten; denn im Verhältnis zur Gesellschaft steht der Gesellschafter näher als dessen Angehörige. Anfechtbar sind daher unter dem Gesichtspunkt des Angehörigenverhältnisses auch Verträge der GmbH. mit einem ihrer Gesellschafter. Hier kann es aber keinen Unterschied machen, ob dieser Gesellschafter ein kleiner oder ein großer ist; er braucht weder Hauptgesellschafter zu sein, wie Karger a. a. O. vorschlägt, noch Alleingesellschafter (Jaeger a. a. O.). Es ist nicht einzusehen, warum eine Vermögensübertragung seitens der GmbH. auf einen ihrer Gesellschafter hier verschieden beurteilt werden soll. Der größere oder

[5]) Zweites Ges. z. Verminderung der Arbeitslosigkeit v. 21. Sept. 1933, Abschn. IV, u. DurchfVO. v. 26. Okt. 1933 (RGBl. I, 652, 773).

[6]) Jaeger, KO., 6./7. Aufl. 1931, § 31 Anm. 10, 30; Warneyer, AnfG., 1930, S. 113.

geringere Geschäftsanteil kann bei der Frage, ob das Rechtsgeschäft den Verdacht der Gläubigerbenachteiligung erweckt, keine Rolle spielen. Man darf auch nicht nach dem Umfang des Stimmrechts des Gesellschafters fragen, das nicht notwendig nach der Geschäftsanteilsgröße sich richtet, noch kommt es auf sonstigen Einfluß an. Sonst würden in die einfache, starre Regelung des Anfechtungsrechts künstliche Schwierigkeiten getragen. Gilt aber jeder Gesellschafter als naher Angehöriger der GmbH., so kann bei den Angehörigen eines Gesellschafters nicht hinsichtlich der Person des Gesellschafters unterschieden werden. — Für den Geschäftsführer wird, obgleich er gesetzlicher Vertreter der GmbH. ist, eine allgemeine Regel sich nicht aufstellen lassen. Ist er zugleich Gesellschafter, so entscheidet dies. Ist er es nicht, so steht er im Dienstvertragsverhältnis zur Gesellschaft; dies kann sehr verschieden geregelt sein und rechtfertigt nicht eine sinngemäße Anwendung des positiven Anfechtungsrechts dahingehend, daß er stets als naher Angehöriger zu gelten hätte.

Hiernach scheint mir die Regelung im österreichischen Recht und in der deutschen VerglO. 1935 dem heutigen deutschen Anfechtungsrecht zu entsprechen. Wenn freilich die VerglO. 1935 die im letzten Jahre ausgeschiedenen[7]) Gesellschafter den gegenwärtigen gleichstellt, so ist dies eine positive Regelung, die nicht auf andere Fälle als entsprechend geltende Rechtsregel erstreckt werden kann. Grundgedanken des Rechts sind auszubauen. Neuer Geist hat in alte Normen zu fließen. Beidem wollen die hier angestellten Erwägungen gerecht werden. Aber starre Fristen und Stichtage können einer älteren Gesetzgebung nicht ohne Gesetzesänderung einverleibt werden. Die VerglO. 1935 hat sich auf eine starre Jahresfrist gebunden. Für das Anfechtungsrecht kann nur im Einzelfalle geprüft werden, ob ausgeschiedene Gesellschafter zu berücksichtigen sind und welche Frist hier angenommen werden soll (unten c).

Das vorstehend Gesagte muß wegen Gleichheit des Grundes auch für den erwähnten § 21 Abs. 2 AufwG. gelten. Im übrigen vgl. unten c.

b) Verwandte Erwägungen sind anzustellen in dem Fall, wo es sich handelt um Anfechtung eines mit einer GmbH. geschlossenen Vertrages wegen Irrtums über verkehrswesentliche Eigenschaften der Person (§ 119 BGB.). Die „Person" ist hier die GmbH. Verkehrswesentlich ist, bei in Zukunft zu erfüllenden Verträgen, die Vertrauenswürdigkeit. Das RG. hat neuerdings (RGZ. 143, 429 = JW. 1934, 1784) die Anfechtung durchgreifen lassen. Doch ist die Begründung nicht klar. Die GmbH. „müsse sich gefallen lassen, daß ihre Vertrauenswürdigkeit ... nach der Persönlichkeit der zum Handeln für sie berufenen Personen beurteilt wird. Sie kann die Organe für ihr Handeln wechseln, aber solange sie das nicht tut, und gerade dann, wenn, wie hier, der zum Handeln Berufene zugleich als Gesellschafter im Innern das Tun und Lassen der Gesellschaft nach Maßgabe der §§ 45 ff. GmbHG. beherrscht, sind für das zu erwartende Handeln die Eigenschaften des Berufenen als für sie maßgebend und kennzeichnend anzusehen". Entscheidend ist, daß es bei der Frage der Vertrauenswürdigkeit auf das „zu erwartende Handeln" ankommt. Aber der schwache Punkt des Urteils liegt in den Worten „und gerade dann". Die Frage ist: Kommt es für das zu erwartende Handeln auf den gegenwärtigen Geschäftsführer an, auch wenn er nicht Mehrheitsgesellschafter oder überhaupt nicht Gesellschafter ist? Dann ist er vielleicht morgen nicht mehr im Amt. Gerade wenn es so liegt, daß aus seiner Person die Vertrauensunwürdigkeit der GmbH. hergeleitet werden kann, werden „wichtige Gründe" zum Widerruf seiner Bestellung i. S. des § 38 Abs. 2 GmbHG. gegeben sein (im Regelfall ist der Widerruf auch ohne Gründe jederzeit zulässig; § 38 Abs. 1). M. E. ist regelmäßig von der Gesellschaftermehrheit auszugehen, durch die ja die Geschäftsführung bestimmt wird. Ist die Mehrheit vertrauenswürdig, so wird eine Irrtumsanfechtung wegen Unwürdigkeit des Geschäftsführers nur dann durchgreifen, wenn jene die Unwürdigkeit kannte und den Geschäftsführer trotzdem gewähren ließ. Ist dagegen die Mehrheit unwürdig, der gegenwärtige Geschäftsführer aber geeignet, so besteht kein Vertrauen, daß in Zukunft, worauf es ankommt, die Geschäftsführung ordnungsmäßig sein werde. Es wird daher m. E. die Vertrauenswürdigkeit der GmbH. regelmäßig durch ihre Gesellschafter bestimmt. Man wird für eine juristische Person nicht grundsätzlich anders entscheiden können als für eine natürliche Person; bei dieser richtet sich die Frage der Vertrauenswürdigkeit nach ihr selbst, nicht nach ihrem Bevollmächtigten (Vertreter)[8]).

c) Die bisherigen Betrachtungen versuchten, aus dem auf natürliche Personen zugeschnittenen positiven Recht entsprechende Rechtssätze für die GmbH. zu entwickeln. Es fällt auf, daß auch die Gesetzgebung (österr. KO. und deutsche VerglO. 1935) nur für die GmbH., nicht für andere juristische Personen Ähnliches getan hat. Die VerglO. spricht in § 108 Abs. 1 von juristischen Personen aller Art, dagegen in Abs. 2 (nahe Angehörige der Gesellschaft) nur von der GmbH. Darin finde ich meine Ansicht bestätigt, daß für andere juristische Personen eine allgemeine Regelung sich nicht geben läßt. Das gilt besonders von der Aktiengesellschaft. Die grundsätzliche Anonymität und Vielheit sowie der häufige Wechsel der Aktionäre läßt es nicht zu, nach ihrer Persönlichkeit das Verhalten der Aktiengesellschaft allgemein zu bestimmen[9]). Daraus folgt aber nicht, daß den Grundgedanken des Rechts hier die Anwendung versagt werden müßte. Es kommt vielmehr alles auf den Einzelfall an. Damit komme ich zu folgender Betrachtung:

Die Anwendung der Grundgedanken des Rechts darf an Rechtsformen nicht scheitern. Allzu viel Theorie schadet. Wenn heute ein Kampf geführt wird gegen „Positivismus" und „Normativismus", so ist er insoweit gerechtfertigt, als er sich wendet gegen Buchstabenauslegung und spitzfindige Konstruktionen, ein Kampf, der von guten Richtern geführt wurde schon ehe sie das Wort „Normativismus" kannten. Das heutige Schrifttum und die heutige Gesetzgebung weisen durch außerordentlich reiche Verwendung der sogenannten Generalklauseln (Recht und Billigkeit, Treu und Glauben, Zumutbarkeit usw.) dem Richter eine Freiheit in der Rechtsfindung zu, die in der früheren Gesetzgebung nur ganz vereinzelt zum Ausdruck kam (Scholz, Zur Auslegung im öffentl. Recht, R.- u. PrVerwBl. 55, 1934 S. 235 ff.). Dieser Geist ist auch in die älteren Gesetze zu hauchen; sie stehen, soweit sie noch gelten, in der Rechtsatmosphäre der Gegenwart, die sie durchdringt.

Von diesem durch den Nationalsozialismus geläuterten Standpunkt aus wird man das früher als aussichtslos angesehene Bemühen, die Grundsätze des Anfechtungsrechts auf juristische Personen zu übertragen, einer Lösung entgegenführen können, und zwar nicht nur mit Beschränkung auf die GmbH.: Wo im Anfechtungsrecht von Angehörigenverhältnissen die Rede ist, stellt das Gesetz eine (widerlegbare) Vermutung für die Absicht der Gläubigerbenachteiligung auf. Ist nun eine juristische Person Vertragspartei, so ist im Einzelfalle zu prüfen, ob der Vertragsgenosse im Verhältnis zu jener juristischen Person eine so nahestehende Person ist, daß man sie einem nahen Angehörigen gleichstellen kann. Ergibt sich aus der nahen Beziehung, die die ver-

[7]) „Ausgeschieden": Muß innerhalb des Jahres die Abtretung des Geschäftsanteils (§ 15 GmbHG.) erfolgt sein, oder genügt es, wenn nur die Anmeldung gemäß § 16 fristgemäß geschah, mag auch die Abtretung früher getätigt sein? Ich nehme das erstere an. Der Abtretung steht gleich: Einziehung, Kaduzierung (§ 21 Abs. 2 GmbHG.) und Verkauf des abandonnierten Geschäftsanteils (§ 27 Abs. 2 a. a. O.).

[8]) Der § 166 BGB. ist hier nicht anwendbar.

[9]) Auch die Aktienmehrheit (überwiegende Beteiligung) kann nicht allgemein als maßgebend gelten. Auch die Staatsangehörigkeit der AktG. bestimmt sich nicht nach dieser sog. Kontrolltheorie, sondern nach dem Gesellschaftssitz. Im Weltkriege wurde freilich die feindliche Eigenschaft einer juristischen Person nach dieser Theorie bemessen; sie hat in Art. 53, 74, 297 b des Versailler Diktats ein trauriges Nachleben geführt (Scholz, Privateigentum in Feindesland, 1919, S. 229 ff.; Scholz, Liquidation deutschen Gesellschaftsvermögens usw. in Ztschr. f. Völkerrecht 11, 496 ff.). Vgl. auch OVG. 86, 47.

schiedensten Gründe haben kann — auch ausgeschiedene Gesellschafter (Mitglieder) können nach Lage des Falles berücksichtigt werden —, der Verdacht einer Schiebung, so ist, ohne daß geprüft zu werden braucht, ob eine entsprechende Anwendung jener gesetzlichen Vermutung „konstruiert" werden kann, eine richterliche Vermutung am Platze. Damit wird der Grundgedanke des Gesetzes, nämlich Umkehrung der Beweislast, in freier Rechtsfindung verwirklicht. Dasselbe gilt für den erwähnten § 22 Abs. 1 AufwG. Wenn schließlich die Vertrauenswürdigkeit der GmbH. „regelmäßig" durch die Gesellschaftermehrheit bestimmt wird (oben b), so kann es in Einzelfällen anders liegen. Es gibt Fälle, wo der Vorstand (Geschäftsführer) eine so befestigte Stellung, wo ein Gesellschafter (Aktionär) mit kleinem Anteilsbesitz einen so überragenden Einfluß hat (z. B. als Darlehnsgeber), daß die persönlichen Eigenschaften der juristischen Person nach ihm beurteilt werden müssen. Man schenke dem Richter Vertrauen und gebe ihm Freiheit. Dann wird er den Geist der Gesetze und die der Rechtsordnung innewohnende Gerechtigkeit entwickeln. In jahrzehntelanger höchstrichterlicher Rechtsprechung habe ich gefunden, daß keine Rechtsauslegung und Rechtsanwendung so schwierig ist, wie sie nach sehr vielen Rechtstheoretikern sich darstellt.

Nur bei dieser freien richterlichen Würdigung des Einzelfalls kann die sonst unlösbare Schwierigkeit gelöst werden, die dann vorliegt, wenn der Gesellschafter, der als Angehöriger der GmbH. behandelt wird, selber eine juristische Person ist und der verdachterweckende Rechtsvorgang sich nicht zwischen der GmbH. und jener juristischen Person abgespielt hat, sondern zwischen der GmbH. und einem Gesellschafter (Aktionär, Mitglied) der juristischen Person (der vielleicht wiederum eine juristische Person ist) oder zwischen der GmbH. und einem Angehörigen jenes Gesellschafters, und wenn dieser Angehörige wiederum eine Personenvereinigung ist. Der § 108 Abs. 2 VerglO. 1935 (oben Ziff. 2 Abs. 2 wörtlich mitgeteilt) ist abermals ein Beispiel dafür, daß der Gesetzgeber nur an den Regelfall gedacht hat, hier also nur an natürliche Personen. Denn wenn als „nahe Angehörige" (§ 4 Abs. 2 VerglO.) der GmbH. gelten sowohl deren Gesellschafter als auch die „nahen Angehörigen" dieser Gesellschafter, so können nur natürliche Personen gemeint sein. Sinngemäß sind aber alle Gesellschafter, also auch Gesamthandsgemeinschaften und juristische Personen als „nahe Angehörige" der GmbH. (Schuldner-GmbH.) aufzufassen. Sinngemäßer Auslegung wird es auch noch entsprechen, in dem Falle, wo ein Gesellschafter der Schuldner-GmbH. wiederum eine GmbH. ist, auch die Gesellschafter dieser GmbH. als „nahe Angehörige" der Schuldner-GmbH. zu behandeln[10]). Weiter reicht aber m. E. die aus § 108 Abs. 2 zu entnehmende Verpflichtung der Schuldner-GmbH., die „nahen Angehörigen" anzugeben (§ 4 Abs. 1 Nr. 3; § 6 Abs. 2) nicht. Denn es handelt sich hier nicht um Anfechtung verdächtiger Rechtshandlungen, sondern um eine Verfahrensvorschrift. Dies hindert freilich nicht, daß im Vergleichsverfahren zur Beurteilung der Vermögenslage usw. der Schuldner-GmbH. nähere Auskünfte über Verträge mit den oben angedeuteten Gesellschaftern und Gesellschaften gem. § 69 verlangt werden, daß Ermittlungen nach dieser Richtung angestellt werden (§§ 16, 39, 40, 116), daß hervorgetretene Verdachtumstände bei der Abstimmung (§ 74) zur Ablehnung des Vergleichsvorschlages führen können, und daß erwiesene Unredlichkeit gem. § 18 Nr. 1 zur Ablehnung der Eröffnung des Verfahrens, g. F. zur Einstellung führt (§ 100 Abs. 1 Nr. 1).

[10]) Es kann nicht verlangt werden, daß die Schuldner-GmbH., die das Vergleichsverfahren beantragt, den Begriff der „nahen Angehörigen" in diesem weiten Sinne auffaßt. Es wird daher Sache des Vergleichsgerichts sein, gemäß § 10 VerglO. sie hierauf hinzuweisen und ihr Nachholungsfrist zu bewilligen.

Sieht man von der VerglO. ab, so ergeben die Erörterungen unter c eine so weitgehende Freiheit des richterlichen Ermessens, daß die Rechtssicherheit gefährdet erscheint. Hierzu ein Schlußwort: Die Rechtssicherheit ist ein hohes Gut, das im Rechtsstaat unbedingt gewahrt werden muß. Wirtschaft und Rechtsleben gehen zugrunde, wenn hierauf nicht vertraut werden kann. Besonders der heutige Staat fordert das Vertrauen der Volksgenossen, ohne das kein Staat bestehen kann. Darum bedarf es auch unabhängiger Richter, und besonders da, wo öffentliche Verwaltungsinteressen dem einzelnen gegenüberstehen (Verwaltungsgerichte); denn nur hier hat die richterliche Unabhängigkeit überhaupt Bedeutung. Aber der heutige Staat hat auch — und dies ist eine nicht hoch genug zu schätzende Kulturtat — die Rechtsethik auf seine Fahnen geschrieben. Auf dem Wege zu diesem hehren Ziele türmt sich als größtes Hindernis die Beweislast. Der Beweis von Schiebung und arglistigem Verhalten ist schwer zu führen. Die Aufstellung einer richterlichen Vermutung in Verdachtsfällen ist ein klassisches, vom Recht anerkanntes Mittel zur Verwirklichung der Rechtsethik. Hier hat die Rechtssicherheit zurückzutreten. (Umgekehrt können richterliche Vermutungen auch der Wahrung der Rechtssicherheit dienen[11]).) Wenn die Rechtssicherheit im heutigen Schrifttum, das vielfach die nötige Rechtserfahrung vermissen läßt, fast durchweg mißachtet wird, so schwebte dem Schreiber wohl immer das Ziel einer billigen, Treu und Glauben schützenden Entscheidung vor — oder brauchen auch gesetzliche Rechtsmittelfristen usw., gesetzliche Stichtage (z. B. im Steuerrecht), Formen des Wechselrechts nicht beachtet zu werden, wenn durch Beachtung ein Rechtsnachteil eintritt? Aber wo Treu und Glauben in Frage steht, ist die Entscheidung klar. Darum muß in allen in diesem Aufsatz unter Ziff. 2 behandelten Fällen zwecks Verwirklichung der Rechtsethik die Rechtssicherheit zurücktreten. Denn, wie H. Lange[12]) mit Rücksicht auf den Schutz von Treu und Glauben — der unsere gesamte Rechtsordnung durchzieht[13]) — es treffend ausgedrückt hat: Es „verliert die Berechenbarkeit ihren Eigenwert gegenüber der Gerechtigkeit".

[11]) Nach dieser Richtung ist von grundsätzlicher Bedeutung ein neueres Urt. des OVG. v. 15. Sept. 1934 (VIII C 79/32). Bei streitigen Kirchenpatronaten in Preußen haben die Gerichte (ObTrib., RG., jetzt OVG.) in mehr als hundertjähriger Rechtsprechung sich bemüht, wenn die Entstehung des Patronats oder seine Baulast streitig war, nach dem im Dunkel der Jahrhunderte verschütteten Ursprung zu forschen. In einem Falle hatte die Kirchengemeinde auf Urkunden Kaiser Friedrich Barbarossas und des Herzogs Heinrich des Löwen sich berufen (OVG. 89, 177)! Diesen Versuchen, lebendes Recht aus verschütteten Quellen abzuleiten und der „Entwicklung der Verhältnisse" (§ 9 RAbgO. 1931; jetzt § 1 Abs. 2 StAnpG. v. 16. Okt. 1934) nicht Rechnung zu tragen, bin ich im R.- u. PrVerwBl. 55 (1934), 237 ff., 239 entgegengetreten. Das OVG. hat nun im vorgenannten Urteil ausgesprochen: Hatte der Landesherr längere Zeitläufte hindurch zu einer Kirche in einem Rechtsverhältnisse gestanden, das als Patronat oder mit einem gleichlautenden Ausdruck (Kirchenlehen, Pfarrlehen usw.) bezeichnet worden ist, so wird bis zum Nachweise des Gegenteils vermutet, daß es sich um ein Patronat im Sinne des ALG. handelt. Diese Entscheidung dient der Wahrung der Rechtssicherheit und zugleich der Berücksichtigung von Treu und Glauben. Beides steht nicht, wie heute so oft behauptet, notwendig im Gegensatz.

[12]) JW. 1933, 2859.

[13]) Scholz: R.- u. PrVerwBl. 55 (1934), 236.

Grenzen und Beziehungen zwischen sozialer Ehren- und Strafgerichtsbarkeit

Von Prof. Dr. Nagler, Breslau

Die soziale Ehrengerichtsbarkeit wurzelt gleich der Strafgerichtsbarkeit in einem staatlichen Gewaltverhältnis. Während für letztere die Eingliederung des Volksgenossen in den umfassenden Staatsverband die Ausgangsstellung bietet, entfließt erstere aus der staatlichen Zuchtgewalt, die an die wirtschaftliche Sonderstellung anknüpft. Ein eigenartiges Zuchtrecht erfordert innerhalb des wirtschaftlichen Lebensbereichs ein besonderes, an der sozialen oder Standesehre ausgerichtetes Verhalten und erzwingt dieses letztens mit einem öffentlichen Disziplinarverfahren. Da die wirtschaftlichen Gemeinschaften nur im Rahmen der großen Volksgemeinschaft, die das gesamte Volkstum umspannt, auftreten und lediglich als deren Sondergestaltung begriffen werden können, so müssen alle in diesen Sondergemeinschaften ablaufenden, rechtlich erheblichen Vorgänge das doppelte Unterwerfungsverhältnis, worin der handelnde und fehlende Volksgenosse steht, angehen: sowohl die staatlich organisierte Volksgemeinschaft (Staatshoheit) wie die staatliche Wirtschaftsorganisation werden davon ganz gleichmäßig berührt. Diese Geschehnisse unterfallen folgeweise einer zweifachen rechtlichen Bewertung. Sie können rechtspflichtwidrig in einem doppelten Sinne sein.

Die spezialisierten sozialen (vor allem durch die Betriebs- oder Innungsgemeinschaft begründeten) Pflichten erfassen nach den besonderen Bedürfnissen des wirtschaftlichen Sonderbezirks und unter dem eigentümlich disziplinären Blickwinkel bald Tatbestände, die (wie z. B. Ehr- oder Körperverletzungen, Geheimnisverrate, Nötigungen) bereits von der Strafhoheit des Gemeinwesens geregelt sind, bald Lebensvorgänge, die nicht oder noch nicht strafrechtlich bedeutsam geworden sind. Im ersteren Falle treffen staatliche Straf- und staatliche Zuchtgewalt kumulativ zusammen, so daß das Verhalten des Volksgenossen von jeder der beiden Gewalten nach ihrer besonderen Betrachtungsweise auf seinen Unrechtsgehalt hin untersucht und beurteilt wird, im zweiten Falle ist hingegen der Vorgang nur disziplinar erheblich. Endlich gibt es eine dritte Gruppe von Handlungen, die lediglich in den Bereich des Strafrechts fallen und darum nur eine kriminelle Sühne finden können, wie z. B. aus höchst achtungswerten, vielleicht sogar sittlichen Beweggründen erwachsene Delikte, die — mangels einer unsauberen Gesinnung — nicht gegen die Berufswürde verstoßen und den Täter daher nicht der Achtung unwürdig machen, die sich (z. B. nach § 35 ArbOG.) aus seiner Stellung in der Betriebsgemeinschaft ergibt. Das Gesamtbild ist demnach in der Figur der sich schneidenden Kreise zu suchen. Die bisweilen vertretene Ansicht, die oberste Grenze des Disziplinarunrechts bilde zugleich die untere Grenzlinie des kriminellen Unrechts, beide Unrechtszonen könnten sich also niemals überdecken, hält ebensowenig gegenüber den Bestimmungen des geltenden Rechts wie gegenüber den Tatsachen des Lebens stand. Sie wird nicht zuletzt durch die sozialen Ehrenordnungen widerlegt, selbst wenn sie — wie die 1. Verordnung über den vorläufigen Ausbau des deutschen Handwerks (HVO.) v. 15. Juni 1934[1]) — die ehrengerichtlich zu ahndenden Zuchtwidrigkeiten auf eine allgemeine Formel (Generalklausel) bringen. Wenn § 59 HVO. (verb. § 43) jede Verletzung der Standesehre und jeden Verstoß gegen den Gemeingeist der Ehrengerichtsbarkeit unterstellt und § 60 („insbesondere") unlauteres (also sittenwidriges) Verhalten, unlauteren Wettbewerb und Übervorteilung von Kunden als Beispiele hinzufügt, so soll dem Ehrengericht vorbehaltlos ein von ihm je nach Bedarf im Geiste des Gesetzes auszufüllendes Blankett zur Verfügung gestellt werden, es soll keinesfalls vor den Schranken strafrechtlicher Tatbestände (z. B. des Betrugs, der Unterschlagung oder des Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb) Halt geboten sein. Sonst würden ja gerade die schwersten Ausschreitungen der Innungsmeister die Aberkennung des Meistertitels oder der Befugnis zur Haltung und Anleitung der Lehrlinge oder der Fähigkeit, Innungswart zu sein (§ 61), und die öffentliche Anprangerung durch die Urteilspublikation (§ 62) nicht zur Folge haben können. Die kumulative Konkurrenz von Straf- und Disziplinarhaftung gilt erst recht dort, wo — wie in § 36 ArbOG.[2]) — unter Verzicht auf eine zentrale Bestimmung die ehrengerichtlich zu erledigenden Verstöße wider die soziale Ehre in einzelne scharf umrissene Tatbestände aufgelöst werden, die sich mit kriminalisierten Vorgängen überschneiden (z. B. erstreckt sich § 36 Ziff. 1 — „wenn Unternehmer, Führer des Betriebes oder sonstige Aufsichtspersonen unter Mißbrauch ihrer Machtstellung im Betrieb böswillig die Arbeitskraft der Angehörigen der Gefolgschaft ausnutzen oder ihre Ehre kränken" — ohne weiteres auch auf Körper- und Ehrverletzungen, § 36 Ziff. 2 — „wenn Angehörige der Gefolgschaft den Arbeitsfrieden im Betriebe durch böswillige Verhetzung der Gefolgschaft gefährden, sich insbesondere als Vertrauensmänner bewußt unzulässige Eingriffe in die Betriebsführung anmaßen oder den Gemeinschaftsgeist innerhalb der Betriebsgemeinschaft fortgesetzt böswillig stören" — außerdem auf falsche Anschuldigungen, Kameradschaftsdiebstähle, Nötigungen u. dgl. oder § 36 Ziff. 4 — „wenn Mitglieder des Vertrauensrats vertrauliche Angaben, Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse, die ihnen bei Erfüllung ihrer Aufgaben bekanntgeworden und als solche bezeichnet worden sind, unbefugt offenbaren" — auf die §§ 17 f. UnlWG. und Art. 1 Teil II der PräsidialVO. zum Schutze der Wirtschaft v. 9. März 1932). Hier würde schon dem Wortlaut des Gesetzes Gewalt angetan, wollte man die Ehrengerichtsbarkeit um das Gebiet der Straffälligkeit des Täters verkürzen.

Die kriminelle Handlung greift in tatbestandsmäßigen Formen ein von der völkischen Friedensordnung in Schutz genommenes Rechtsgut (d. h. ein Gut der Rechtsordnung und damit der Volksgemeinschaft) an. Die soziale Zuchtwidrigkeit verstößt dagegen gegen die soziale oder Standesehre, enthält also eine Pflichtwidrigkeit ganz besonderer Prägung. Die soziale Ehre (bei den Innungsmeistern die Standesehre, beim Bauer die Ehrbarkeit) steht — um mit Ley zu reden — im Mittelpunkt des nationalsozialistischen Denkens. Sie ist ein rechtlich-ethischer Begriff; sie kennzeichnet den Wert der Persönlichkeit, soweit er aus der gewissenhaften Erfüllung der Standespflichten (§ 35 ArbOG.[3]), § 43 Abs. 1 Ziff. 1 HVO.[4]), § 15 RErbhofG.) erwächst und darum den Volksgenossen als achtungswürdiges Mitglied der Betriebsgemeinschaft (Innungsgemeinschaft, Bauernschaft) ausweist. Es geht dabei um öffentlich-rechtliche Pflichten, die der Volksgemeinschaft gegenüber bestehen. In ihnen findet die neue Wirtschafts- und Arbeitsgesinnung (die „innere Anständigkeit" — Ley —, der Gemeinschafts- und Kameradschaftsgeist, die volle Hingabe an die Volks- und Betriebsgemeinschaft) ihren

[1]) Vgl. auch BörsG. v. 27. Mai 1908 (§ 10), SchriftleiterG. v. 4. Okt. 1933 (§ 31), RErbhofG. v. 29. Sept. 1933 (§§ 15, 18) oder RJagdG. v. 2. Juli 1934 (§ 57).

[2]) Ob § 36 ArbOG. eine abschließende Regelung enthält, ist z. Z. noch hart umstritten (dafür z. B. Dörner, Die neue Ehrengerichtsbarkeit der Wirtschaft und des Handwerks, 1934, S. 82, 85, 89 f.; Hueck-Nipperdey-Dietz § 36 N. 2; dagegen Huber: JW. 1934, 1021). Die Kontroverse kann hier auf sich beruhen bleiben. Jedenfalls werden sich schon durch Analogieschlüsse zahlreiche Erweiterungen der gesetzlichen Tatbestände zwanglos ergeben.

[3]) Nach § 20 Ges. zur Ordnung der Arbeit in öffentlichen Verwaltungen und Betrieben v. 23. März 1934 finden die Vorschriften des ArbOG. über Ehrengerichtsbarkeit auf die Angestellten und Arbeiter der öffentlichen Verwaltungen und Betriebe sinngemäß Anwendung. Diese Personen stehen nur unter einer gesteigerten Treupflicht und damit in einem weiteren Pflichtenkreis.

[4]) Nach § 77 HVO. geht § 36 ArbOG. den Bestimmungen des § 59 HVO. als spezielles Gesetz vor.

vollendeten Ausdruck. Diese speziellen Pflichten treten — wenn einmal auf das ArbOG. allein abgehoben werden darf — zu den schuldrechtlichen Bindungen des Arbeitsvertrags als selbständige Obliegenheiten hinzu. Sie dienen (nach § 1 ArbOG.) der Förderung der Betriebszwecke und weiterhin dem gemeinen Nutzen von Volk und Staat. Für den Führer des Betriebs äußern sie sich vor allem als Pflichten der Fürsorge für das Wohl der Gefolgschaft (§ 2 Abs. 2 ArbOG.), für diese selbst als Treu- und Respektspflichten (§ 2 Abs. 2), für den Vertrauensrat aber als die Pflichten zur Stärkung des gegenseitigen Vertrauens und zur Sorge für den Betriebsfrieden, für die Verbesserung des Betriebs und für die Gestaltung wie Durchführung der allgemeinen Arbeitsbedingungen (§ 6). Die Zuchtwidrigkeit besteht folgeweise in einem äußeren Verhalten, das eine Verletzung der durch die soziale Ehre auferlegten Pflichten aus verwerfbarer (unanständiger) Gesinnung in sich schließt. Der Akzent ruht auf der Verleugnung des echten Gemeinschaftsbewußtseins. Darum hat der Vorsitzende des Reichsehrengerichtshofs mit vollem Fug dazu ermahnt, „bei Prüfung und Ahndung der Verstöße gegen die soziale Ehre nicht nur die äußeren Geschehnisse zu betrachten, sondern nach der inneren Gesinnung und den Zusammenhängen zu forschen und so durch eine wohlbedachte Rechtsprechung den Weg zu weisen, daß nur wahre Gemeinschaftsgesinnung zu einer echten Betriebsgemeinschaft führen könne". Ist aber das Wesen der Zuchtwidrigkeit in der irgendwie erkennbar gewordenen Betätigung eines pflichtwidrigen Willens zu suchen, so folgt daraus, daß die disziplinäre Haftung schon mit bloßen Vorbereitungsakten beginnt und auch die sog. absolut untauglichen Versuche sowie die sonstigen Mängel am Tatbestand mitumfaßt. Immerhin muß es sich um erhebliche Verstöße wider die sozialen Pflichten handeln (§ 36 ArbOG.: „gröbliche"): zwischen dem disziplingefährdenden Anstoß und dem dagegen aufgebotenen Apparat muß eine klare Proportion ersichtlich sein.

Wie die Zuchtwidrigkeit selbständig neben der kriminellen Tat steht, so hebt sich auch die Ehrengerichts**strafe** scharf von der Kriminalstrafe ab. Sie ist — wie jede sonstige Disziplinarmaßnahme — ihrem rechtlichen Ausgangspunkt wie ihrem Ziele nach wesentlich Gesinnungsstrafe und daher — ganz opportunistisch — grundsätzlich in den Dienst präventiver Aufgaben (der generellen Abschreckung wie der Spezialprävention in Gestalt der Einschüchterung, Besserung oder Unschädlichmachung) gestellt, indessen die eigentliche Rechtsstrafe den Charakter der rechtlichen Vergeltung (generalprävenierenden Sühne) an sich trägt. Die Ehrengerichtsstrafe soll weniger den gerechten Ausgleich zwischen Zuchtwidrigkeit und Ahndung herbeiführen, als vielmehr der Aufrechterhaltung der Zucht und der Ordnung innerhalb der Betriebsgemeinschaft und der Sicherstellung der sozialen Pflichtenerfüllung durch Einwirkung auf den Zuchtlosen nutzbar sein. Im Vordergrund steht die **erzieherische** Funktion: der Fehlbare soll durch Verabreichung eines Denkzettels, der ihm und anderen eine heilsame Lehre bringt, zur getreulichen künftigen Beobachtung der sozialen Ehrenordnung veranlaßt werden (so nach § 38 ArbOG. durch Warnung, Verweis, Ordnungsstrafe in Geld bis zu 10000 *RM*). Nur wo die Korrektion versagt, übernimmt die Ehrengerichtsstrafe die weitergehende Aufgabe der Reinigung der Gemeinschaft von ungeeigneten Elementen (§ 38 ArbOG.: Aberkennung der Befähigung, Führer des Betriebs zu sein oder das Amt eines Vertrauensmannes auszuüben; Entfernung vom bisherigen Arbeitsplatz). Die Ausscheidung wird zur Notwendigkeit, wenn der Täter nicht mehr als erziehbar angesehen werden kann, also als für die Gemeinschaft verloren gilt, oder wenn er sie so geschändet und bloßgestellt hat, daß seinen Genossen die weitere Zusammenarbeit mit ihm nicht mehr zugemutet werden kann. Dann wird er aus der Organstellung (als Betriebsführer oder Vertrauensmann) oder überhaupt aus der Betriebsgemeinschaft entfernt. Sonach machen die Nebenwirkungen der Rechtsstrafe (Abschreckung und Spezialprävention) das eigentliche Wesen der Zuchtmaßnahme aus; die Ausgleichung nach der Vergangenheit hin tritt bei ihr umgekehrt nur nebenher auf.

Die Selbständigkeit des Straf- und des sozialen Zuchtrechts schließt automatisch jede materielle Vermengung beider aus. Konkurrieren Kriminaltat und Zuchtwidrigkeit in demselben Lebensvorgang, so zieht dieser die Rechtswirkungen beider kumulativ nach sich. Er kann überdies auch noch die zivilrechtliche Haftbarkeit begründen. Es hätte besonderer gesetzlicher Vorschriften bedurft, hätte diese Parallelschaltung des Straf- und des Zuchtrechts ausgeschlossen und die Ersetzung oder Ablösung der einen Rechtsfolge durch die andere herbeigeführt werden sollen. Sollte im Einzelfall die Häufung von Kriminal- und Ehrengerichtsbestrafung unnötig oder unerwünscht sein, so erfolgt die gebotene Abhilfe durch das **Prozeßrecht**. Denn das Ehrengerichtsverfahren steht unter dem Opportunitätsprinzip: der Treuhänder der Arbeit entscheidet nach seinem pflichtmäßigen Ermessen über die Anrufung des Ehrengerichts. Hat mithin die strafgerichtliche Verurteilung den Interessen der Betriebsgemeinschaft und dem öffentlichen Interesse bereits ausreichend Genüge getan, so wird der Treuhänder das Ehrengericht nicht nochmals mit der Angelegenheit befassen. Zudem gibt § 39 Abs. 3 ArbOG. ebenso wie § 76 Abs. 3 HVO. dem Vorsitzenden des Ehrengerichts die Befugnis, ein bereits anhängig gewordenes Ehrengerichtsverfahren im Hinblick auf die Verurteilung des Täters im Strafverfahren einzustellen. Soweit im Strafprozeß der Legalitätsgrundsatz durchbrochen ist (insbesondere nach § 153 StPO.), eröffnen sich für die Staatsanwaltschaft ganz analoge Möglichkeiten.

Die künftige Strafgesetzgebung aber steht vor der Frage, ob sie sich nicht bei der Bekämpfung von Wirtschaftsverfehlungen in gewissem Umfang auf die soziale Ehrengerichtsbarkeit beschränken soll. Nach dem Grundsatz des möglichst sparsamen Strafeinsatzes darf die schneidige Rechtsstrafe nur als letztes Mittel der Gegenwirkung, mithin nur dann verwendet werden, wenn die sonstigen Machtmittel der Volksgemeinschaft nicht ausreichen. Im selben Ausmaß, wie im ständisch gegliederten Dritten Reich kraftvoll durchgreifende Zuchtmaßnahmen der Standesorganisationen zur Verfügung stehen, bedarf es in der Regel des Rückgriffs auf die Rechtsstrafe nicht mehr. Die Grenze zwischen Zucht- und Strafgewalt verschiebt sich dann zugunsten der ersteren. Der Strafapparat braucht insoweit nicht in Bewegung gesetzt zu werden, als die Ehrengerichtsbarkeit allen Bedürfnissen genügt. Erst wenn die Zuchtgewalt aus irgendwelchen Gründen versagen sollte, muß auf das materielle Strafrecht zurückgegriffen werden. Infolgedessen braucht das kommende nationalsozialistische Strafgesetzbuch die frivole Ausnutzung der Arbeitskraft der Gefolgschaft oder die unbefugte Stillegung von Betrieben im Hinblick auf § 36 Ziff. 1 ArbOG. nicht besonders zu behandeln. Ebenso kann es die Wahrung des Arbeitsfriedens, also der Voraussetzung für die fruchtbringende Entfaltung der Arbeitsmöglichkeiten, dem Disziplinarrecht überantworten. Dies gilt nicht zuletzt für den Massenstreik der Gefolgschaft; schon jetzt erfaßt § 36 Ziff. 2 ArbOG. die Kampfmaßnahmen zur Erlangung besserer Arbeitsbedingungen.

Die materielle Verschiedenartigkeit der Zucht- und Strafmittel findet in den zu ihrer Verwirklichung bereitstehenden Prozeduren ihr genaues Widerspiel. Sie sind selbständig nach Aufgabe wie Aufbau. So starr und formgebunden der Strafprozeß entwickelt ist, ebenso beweglich, formfrei und anpassungsfähig ist — unbeschadet der Verweisung des § 40 ArbOG. und § 72 HVO. — das Ehrengerichtsverfahren gestaltet. Beide Prozesse stehen ebenfalls im Verhältnis der kumulativen Konkurrenz nebeneinander und werden grundsätzlich unabhängig von einander durchgeführt. Sie könnten an sich auch zeitlich nebeneinander herlaufen. Jedoch hat der Vorrang der causa majore (der Strafsache) in Verbindung mit dem Bestreben, möglichst eine inhaltliche Übereinstimmung ihrer Ergebnisse zu erzielen, zu einer abweichenden gesetzlichen Regelung Veranlassung gegeben. Gemäß § 39 Abs. 1 ArbOG. und § 76 Abs. 1 HVO. soll nach dem Vorgang anderer Disziplinargesetze (z. B. § 77 RBG. oder § 78 RAO.) bei Identität der Klagtatsachen vom Augenblick der Erhebung der Strafklage ab die Einspurigkeit gelten: es soll zunächst nur das Strafverfahren (einschließlich der Wiederaufnahme)

durchgeführt werden. Das Zuchtverfahren muß bis zu dessen rechtskräftiger Beendigung durch besonderen Gerichtsbeschluß einstweilen ausgesetzt werden. Allerdings gilt dieses Obligatorium nach dem ArbOG. (im Gegensatz zur HVO.) nur für die öffentliche Strafklage; im Falle der Privatklage ist es hingegen dem Ermessen des Ehrengerichtsvorsitzenden anheimgegeben, ob er das ehrengerichtliche Verfahren sistieren will oder nicht.

Endet der Strafprozeß mit der Verurteilung des Angeklagten und findet das Ehrengerichtsverfahren damit nicht schon seine sachliche Erledigung (vgl. oben), so bindet das Strafurteil das später erkennende Ehrengericht in keiner Hinsicht. Der Disziplinarrichter kann sich daher bei der Beweiswürdigung wie bei der rechtlichen Subsumtion zugunsten wie zum Nachteil des Angeklagten von der Entscheidung des Strafgerichts entfernen. Diese präjudiziert nicht. Das ehrengerichtliche Erkenntnis kann also zur Freisprechung oder zu einer milderen Beurteilung führen, es kann aber ebensowohl eine schärfere Auffassung vertreten. Freilich werden besondere Gründe vorliegen müssen, falls ein klaffender Zwiespalt zwischen den beiden Urteilen aufgerissen werden soll.

Geht dagegen das Strafverfahren (nach Durchführung der Hauptverhandlung) mit der Freisprechung des Angeklagten aus, so wird nach bekannten Grundsätzen des deutschen Disziplinarrechts (z. B. § 78 RBG. oder § 65 RAO.) gemäß § 39 Abs. 2 ArbOG. und § 76 Abs. 2 HVO. zugunsten des Angeklagten die Rechtskraftwirkung des Strafurteils ausnahmsweise auch auf das Ehrengerichtsverfahren ausgedehnt. Wegen der Tatsachen, die im Strafprozesse zur Erörterung gekommen sind, ist das Ehrengerichtsverfahren nur insofern zulässig, als diese Tatsachen an sich und unabhängig von dem Tatbestand einer im Strafgesetz vorgesehenen Handlung die ehrengerichtliche Bestrafung begründen. Es darf also weder im Wege der Beweisergänzung noch einer anderweiten Beweiswürdigung oder Rechtsauffassung von den Ergebnissen des Strafurteils abgewichen werden. Zum Nachteil des Angeklagten soll das Strafurteil nicht auf dem Umweg der Annahme einer Zuchtwidrigkeit korrigiert werden können. Hat z. B. das Strafgericht die Körperverletzung oder Ehrbeleidigung aus tatsächlichen oder rechtlichen Gründen verneint, so kann das Ehrengericht nicht zu einer gegenteiligen Feststellung gelangen. Es kann eine Verurteilung wohl aber darauf stützen, daß es unter Aufrechterhaltung aller (aus den Gründen des Straferkenntnisses ersichtlichen) Feststellungen und Folgerungen in rein disziplinärer Auswertung des Sachverhalts die Zuchtwidrigkeit bejaht. Infolgedessen besteht kein Hindernis, den mangels eines rechtswidrigen Vermögensvorteils von der Erpressung Freigesprochenen wegen Anmaßung eines unzulässigen Eingriffs in die Betriebsführung (§ 36 Ziff. 2 ArbOG.) zur ehrengerichtlichen Verantwortung zu ziehen.

§ 76 Abs. 4 HVO. wirft noch ein anderes Problem auf: die Gründung eines Ehrengerichtserkenntnisses auf unzutreffende tatsächliche Feststellungen eines Strafurteils. Die HVO. läßt die Wiederaufnahme des Zuchtverfahrens nur unter der Voraussetzung zu, daß vorher die Wiederaufnahme des Strafverfahrens durchgeführt worden ist und zur Änderung des früheren Strafurteils geführt hat. Auch hier wird also an der Bindung durch das zugrunde liegende Straferkenntnis bis zu dessen Wiederbeseitigung festgehalten. Eine parallele Vorschrift fehlt im ArbOG. Entwickelt § 76 Abs. 4 HVO. nur eine Besonderheit des Ehrengerichtsverfahrens vor der Handwerkskammer oder einen allgemeinen Rechtsgedanken? Schluß vom Gegenteil oder Analogie? Da es an jedem Rechtsgrunde für die Beschränkung der Vorschrift auf die HVO. gebricht, erscheint der Analogieschluß auf das soziale Ehrengerichtsverfahren zwingend.

Solange die Strafklage aus demselben Sachverhalt noch nicht rechtshängig geworden ist, kann sich das ehrengerichtliche Verfahren der oben entwickelten Regel gemäß ungehemmt entfalten — unbeschadet der Ermächtigung des Ehrengerichts zur einstweiligen Sistierung bis zur Erledigung des einzuleitenden Strafprozesses. Gewinnt das Disziplinarerkenntnis aber die Priorität vor dem Strafurteil, so ist diesem in keiner Richtung vorgegriffen. Die Unabhängigkeit beider Verfahren voneinander wird dann restlos durchgeführt. Das schließt nicht aus, daß die Ergebnisse des Ehrengerichtsverfahrens für den Strafprozeß eine bedeutsame Förderung bringen — sei es, daß nicht reproduzierbare Zeugenaussagen als Urkundenbeweis strafprozessual verwendbar werden, sei es, daß die unverbrüchliche Wahrheitspflicht, die im Ehrengerichtsverfahren für den Angeklagten besteht, Geständnisse zutage gefördert hat, die nach § 136 StPO. nicht erreichbar gewesen wären.

Endlich ist noch darauf hinzuweisen, daß die kurze Verjährungsfrist für die Verstöße gegen die soziale Ehre (§ 37 ArbOG., § 63 HVO.) zu ehrengerichtlichen Unterbrechungsmaßnahmen trotz der Rechtshängigkeit des Strafverfahrens Veranlassung geben kann (vgl. dazu § 28 Abs. 3 DVO.).

Über die Wahl der Vorstände der Anwaltskammern

Von Rechtsanwalt Professor Dr. Erwin Noack, Halle

Durch das Zweite Ges. über die Vorstände der Anwaltskammern v. 30. März 1935 ist die Regelung, die für die Besetzung der Vorstände der Anwaltskammern in dem Ges. v. 6. Jan. 1934 getroffen worden ist, verlängert worden bis zum 30. Sept. 1935. Bis zum 30. Sept. 1935 finden also keine Wahlen zum Vorstand der Anwaltskammern statt. Die derzeitigen Mitglieder des Vorstandes bleiben grundsätzlich bis zum 30. Sept. 1935 im Amte, soweit nicht ihre Amtszeit infolge einer Wahl nach § 44 RAO. über diesen Zeitpunkt hinausreicht. Also erst nach dem 30. Sept. 1935 wird eine Neuregelung über die Besetzung der Vorstände der Anwaltskammern Platz greifen. Wie soll diese aussehen?

Man könnte zunächst einmal daran denken, daß die Vorsitzenden der Anwaltskammervorstände von dem Reichsjustizminister ernannt werden und dann selbst ihre Kammervorstände zusammenstellen. Ich möchte aber einer solchen Regelung aus zwei Gründen nicht zustimmen. Einmal müßte dann m. E. zum mindesten der Reichsjuristenführer an der Ernennung der Kammervorsitzenden beteiligt werden, da er ja der Führer der Standesorganisation der deutschen Rechtswahrer, nämlich der Führer der deutschen Rechtsfront überhaupt ist.

Zum anderen aber meine ich, daß in einer rein obrigkeitlichen Bestellung durch den Reichsjustizminister die Gefahr liegt, daß der Kammervorsitzende und mit ihm sein Kammervorstand den Kammermitgliedern gegenüber als Fremder dasteht.

Ich würde es daher für richtiger halten, wenn der Kammervorstand sich selbst in gewissen Zeitabständen aus der Kammer heraus ergänzt.

Der Vorstand der Anwaltskammer im OLGBezirk Naumburg hat den Vorschlag gemacht, die §§ 43 und 44 RAO. wie folgt abzuändern und stimmt mit seinem Vorschlag im wesentlichen überein mit der Ansicht der Reichsrechtsanwaltskammer:

§ 43

1. Aus dem Vorstande scheidet alljährlich der dritte Teil der Mitglieder aus, erstmalig am 30. Sept. 1935. Bei einer Gesamtzahl, die nicht durch 3 teilbar ist, wird das Drittel nach der nächsthöheren, durch 3 teilbaren Zahl berechnet. Die Reihenfolge der in den ersten drei Jahren nach Inkrafttreten ausscheidenden Mitglieder wird beim Ausscheiden des ersten Drittels durch das Los bestimmt. Künftig scheidet jedes Mit-

glied drei Jahre nach der Berufung in den Kammervorstand aus.

2. Der Vorstand ergänzt sich alljährlich durch Zuwahlen entsprechend der Zahl der ausscheidenden Mitglieder. Wiederwahl ist zulässig. Bei der Zuwahl stimmen nur die im Vorstand verbleibenden Mitglieder.

3. In gleicher Weise findet die Ergänzung des Vorstandes statt bei Ersatzwahlen für die in der Zwischenzeit ausgeschiedenen Mitglieder und bei Erhöhung der Gesamtzahl der Mitglieder des Vorstandes.

4. Jedes Kammermitglied hat das Recht, binnen eines Monats nach Bekanntgabe der hinzugewählten Mitglieder gegen die Zuwahl oder Ersatzwahl eines einzelnen oder mehrerer Mitglieder schriftlich beim Kammervorstand Einspruch einzulegen. Der Einspruch ist zu begründen. Über den Einspruch entscheidet der Vorsitzer des Kammervorstandes endgültig. Richtet sich der Einspruch gegen den Vorsitzer selbst, so entscheidet über den Einspruch der Präsident der Reichsrechtsanwaltskammer endgültig.

5. Der Vorstand ist berechtigt, jederzeit Mitglieder des Vorstandes abzuberufen.

§ 44

Wählbar sind die Kammermitglieder.

Von diesen sind nicht wählbar:

1. diejenigen, welche infolge gerichtlicher Anordnung in der Verfügung über ihr Vermögen beschränkt sind;
2. diejenigen, gegen welche im ehrengerichtlichen Verfahren oder wegen einer strafbaren Handlung, welche die Unfähigkeit zur Bekleidung öffentlicher Ämter zur Folge haben kann, die öffentliche Klage erhoben ist;
3. diejenigen, gegen welche im ehrengerichtlichen Verfahren auf Verweis oder auf Geldstrafe von mehr als 50 GM. erkannt ist, auf die Dauer von fünf Jahren nach der Rechtskraft des Urteils.

Verliert ein Mitglied des Vorstandes die Wählbarkeit, so scheidet es aus dem Vorstande aus.

Es wird dann weiter vorgesehen, in § 45 Ziff. 2 RAO. die Worte „vier" durch die Worte „drei" zu ersetzen. —

Durch eine solche Regelung würden zunächst einmal eine Wahl durch die Kammerversammlung und die damit verbundenen Parteien- und Kandidatenkämpfe innerhalb der Kammerversammlung unterbunden werden.

Des weiteren würde eine größere Stetigkeit der Kammerverwaltung gewährleistet werden, weil nicht mehr wie bisher die Hälfte der Kammermitglieder auf einmal ausscheidet, sondern jeweils nur ein Drittel.

Auch erfolgt dadurch, daß die verbleibenden Vorstandsmitglieder die Zuwahl vornehmen, eine Kontrolle und eine Beurteilung der Leistungen der ausscheidenden Mitglieder und zwar durch diejenigen, die durch tägliche Zusammenarbeit mit den ausscheidenden Mitgliedern am ersten in der Lage sind, über die Eignung oder Nichteignung der ausscheidenden Mitglieder zu entscheiden. Es ist also gerade hierdurch eine zuverlässige Entscheidung, die nach sachlichen Gesichtspunkten erfolgt, möglich und die Frage der Zuwahl oder auch der Wiederwahl nicht mehr abhängig von der wechselnden Stimmung der Kammerversammlung oder den sich ergebenden Mehrheiten in der Kammerversammlung.

Andrerseits sind aber auch Fälle denkbar, in denen den Mitgliedern des Vorstandes bei Vornahme der Zuwahl neuer Vorstandsmitglieder trotz der ihnen obliegenden sorgfältigen Prüfung Tatsachen entgangen oder unbekannt geblieben sind, die das hinzugewählte Mitglied des Vorstandes für dies Amt ungeeignet erscheinen lassen, und die einem oder mehreren Mitgliedern der Kammer bekannt sind. In solchem Falle erscheint es angebracht, den Mitgliedern der Kammer die Möglichkeit zu geben, ihre Bedenken in Form eines begründeten Einspruchs beim Vorstand geltend zu machen. Diese Einspruchsmöglichkeit muß aber natürlich befristet sein, und derjenige, der den Einspruch einlegt, muß ihn begründen, damit der Vorsitzer des Kammervorstandes den geltend gemachten Bedenken nachgehen und sie auf ihre Richtigkeit hin nachprüfen kann.

Diese Einspruchsmöglichkeit erscheint auch deswegen angebracht, weil den Kammermitgliedern dadurch die Möglichkeit gegeben ist, einer Überalterung des Kammervorstandes, die durch ständige Wiederwahl der ausscheidenden Mitglieder entstehen könnte, entgegenzutreten. Es ist ja eine bekannte Tatsache, daß in den vergangenen Zeiten die Mitglieder der Kammervorstände infolge ihrer ständigen Wiederwahl häufig den Zusammenhang mit der Anwaltsjugend im Kammerbezirk verloren haben, und daß eine Verjüngung des Kammervorstandes, wenn überhaupt, so häufig erst nach harten Kämpfen zu erreichen war. Die Möglichkeit des Einspruchs gegen die Wiederwahl solcher Vorstandsmitglieder, die infolge ihres hohen Alters zur Ausübung des Amtes nicht mehr geeignet erscheinen, wird auch in späteren Zeiten einer Überalterung des Vorstandes vorbeugen.

Naturgemäß muß über den Einspruch der Vorsitzer des Vorstandes, und zwar endgültig, entscheiden, wie das nach dem Führerprinzip selbstverständlich ist. Richtet sich der Einspruch gegen den Vorsitzer selbst, so erscheint es zweckmäßig, die Entscheidung in die Hand des Präsidenten der Reichsrechtsanwaltskammer zu legen.

Endlich möge man doch in Zukunft von dem unschönen Worte „Vorsitzender des Kammervorstandes" oder „der Vorsitzende des Kammervorstandes" abgehen. Es entspricht in keiner Weise dem Sprachgefühl des Deutschen. Hierauf hat bereits der Deutsche Sprachverein vor Jahren in seinen Veröffentlichungen hingewiesen. Es heißt ja auch nicht, um ein ähnliches Beispiel zu wählen: „der Vorstehende" einer Innung oder einer Zunft, sondern es heißt: „der Vorsteher der Innung", z. B. gerade hier in Halle: „Der regierende Vorsteher der Salzwirkerbrüderschaft im Thale zu Halle" (Halloren). Dem Wort „Vorsteher" entspricht das Wort „Vorsitzer", nicht aber das Wort „Vorsitzender". Infolgedessen wird empfohlen, für das Wort „Vorsitzender" den Ausdruck „Vorsitzer" zu wählen, der allein sprachlich richtig ist.

Über die Festsetzung des Streitwertes bei der Klage eines Miterben nach § 2039 BGB.

Zugleich ein Beitrag zum „konkreten Ordnungsdenken"

A.

Von Referendar Gerhardt Pein, Jena

Ein Erbe zu $1/20$ klagt gem. § 2039 BGB. gegen einen Erbschaftsschuldner auf Zahlung von 2000 *RM* an die Erbengemeinschaft. — Hier ist das AG. zuständig, weil nach der Auffassung des RG. der Streitwert nur 100 *RM* (2000 *RM*: 20 = 100 *RM*) beträgt (vgl. RG.: WarnJahrb. d. Entsch. 1917 Nr. 184 a u. b; RGZ. 93, 127 ff. = JW. 1918, 559; JW. 1929, 1953; auch das KG. hat sich dem RG. angeschlossen; vgl. Gaedeke, Die Rechtsprechung des Kammergerichts im Kostenrecht, 1934, Nr. 299).

Wird die Klage abgewiesen, so hat der Kläger kein Rechtsmittel. Siegt der Kläger, so hat der Verklagte ebenfalls kein Rechtsmittel, weil für ihn det Streitwert — wie das RG. in ständiger Rechtsprechung sagt — nicht höher sein kann als für den Kläger (vgl. RGZ. 93, 127/28, dort weitere Nachweise).

Ist das richtig?

Wir wollen die allgemeine Frage, ob der Streitwert für den Verklagten nicht höher sein kann als für den Kläger, hier ausscheiden und uns auf das besondere Problem der Streitwertfestsetzung bei § 2039 BGB. beschränken.

Gegen das RG. haben sich in der Literatur schon früh Stimmen erhoben (vgl. u. a. Endemann, Bürgerl. Recht III, 8. Aufl., § 135 Note 50. Auch im RGRKomm. wird die Entscheidung des RG. als „nicht unbedenklich" bezeichnet, vgl. 3. Aufl. § 2039 Anm. 2).

In neuester Zeit haben mehrere höhere Gerichte in gleichem Sinne gegen das RG. entschieden und Zustimmung gefunden (vgl. LG. Essen: JW. 1934, 180; OLG. Hamburg: JW. 1934, 1371; OLG. Düsseldorf: Rhein.-Westf. Anwaltsblatt 1934 S. 142; vgl. auch AG. Arnstadt, Beschl. v. 13. Dez. 1934, 1 C 464/34; siehe auch LG. Siegen: JW. 1934, 2274, das nur Worte gegen das RG. findet, aber wie das RG. entscheidet, weil es die Rechtseinheit wahren will; dazu dort die Ausführungen von KGR. Gaedeke gegen das RG.). Deshalb ist es angezeigt, die Streitfrage noch einmal zu überprüfen.

Das RG. hat seine Auffassung eingehend in RGZ. 93, 127 ff. begründet. In späteren Entscheidungen hat es dem nichts hinzugefügt. Auch seine Anhänger haben sich mit der Begründung, wie sie RGZ. 93, 127 ff. gibt, begnügt.

Es heißt dort, der Streitwert sei nach § 3 ZPO. (freies Ermessen), nicht nach § 6 ZPO. festzusetzen. Davon sei auszugehen (S. 129). Den Streitgegenstand bilde das Begehren, der Anspruch des Klägers. Es komme sonach für die Festsetzung des Streitwertes nur darauf an, den Wert des Klaganspruchs zu ermitteln (S. 129). „Fordert der Kläger, daß ihm eine bestimmte Geldsumme gezahlt wird, so wird der Streitwert durch die Höhe der beanspruchten Summe angezeigt und nachgewiesen" (S. 129).

Anders bei § 2039 BGB.! „Hiebei handelt es sich um Ausübung einer eigenartigen Befugnis (von mir gesperrt, auch die späteren Sperrungen sind von mir), die das Gesetz aus Zweckmäßigkeitsgründen in Abweichung von strenger Rechtsfolgerichtigkeit jedem Mitgliede der Gemeinschaft zur gesamten Hand eingeräumt hat" (S. 129). „Solchenfalls klagt ein einzelner Miterbe ... auf Zahlung an alle Erben (? nein, die Erbengemeinschaft), aber er geht dabei immer nur kraft seines eigenen, in einem Anteil an der Erbschaft bestehenden Rechtes vor, und dem von ihm erwirkten Urteil kommt weder Rechtskraft für noch gegen die anderen Miterben zu" (S. 129). Man könne auch sagen, „der Leistungsanspruch des einzelnen Miterben decke sich allerdings mit dem des Gesamthandsanspruchs, doch bestehe der Unterschied darin, daß der Leistungsgegenstand bei der Sonderklage nur für den Erbteil des klagenden Miterben, bei der Gesamthandsklage für sämtliche Erbteile und somit vollständig in Anspruch genommen sei" (S. 130).

Das RG. geht also von der „eigenartigen Befugnis" des Miterben aus, fragt nach dem Wert dieser Befugnis für den Miterben und legt den Auseinandersetzungsanteil an der Gesamthandsforderung der Streitwertberechnung zugrunde.

Damit verkennt das RG. den Charakter des Rechts, das § 2039 BGB. dem Miterben einräumt. Das RG. nennt das Recht des Miterben eine „eigenartige Befugnis", sagt aber nicht, von welcher eigenen Art diese Befugnis ist. Früher hat es einmal von einem „Individualrecht" des Miterben gesprochen (vgl. RG.: Warn. a. a. O. Nr. 184 b).

§ 2039 BGB. begründet nach der Meinung des RG. für den Miterben ein „selbständiges, in einem Anteil an der Erbschaft bestehendes Recht", ein eigenes materielles Recht also, das sich mit dem Gesamthandsanspruch nur „deckt", also nicht mit ihm identisch ist. Es steht neben dem Gesamthandsanspruch. Der Miterbe macht mit seiner Klage dieses materielle Recht, „mitgestützt" auf den Gesamthandsanspruch (vgl. Planck, Komm. z. BGB., 4. Aufl., 1930, Bd. V § 2039 S. 315), geltend. Wenn das RG. weiter meint, der Leistungsgegenstand werde „bei der Sonderklage nur für den Erbteil, bei der Gesamthandsklage für sämtliche Erbteile und somit ganz in Anspruch genommen", so weist das in dieselbe Richtung. Die teilweise Inanspruchnahme bedeutet — und kann nur bedeuten —, daß ein Teilanspruch — rechnerisch abgeleitet aus dem Gesamthandsanspruch — erhoben wird.

Ganz klar erkennbar wird das, wenn wir weiter lesen: „Aus der Eigenart der nach § 2039 zulässigen Klagansprüche und ihrer Verschiedenheit von den auf das Gesamtrecht der Erbengemeinschaft gegründeten Klagansprüchen folgt, daß erstere und letztere auch in der Bewertung zu unterscheiden sind" (RGZ. 93, 130).

Erst nachdem das RG. den materiellen Anspruch des Miterben entdeckt hat, geht es daran, den Streitwert festzusetzen. Und nur in Verbindung mit diesem Anspruch bezeichnet das RG. als angemessenen Maßstab „das vom Kläger mit der Klage verfolgte unmittelbare vermögensrechtliche Interesse" (S. 130). Das wird in der Literatur übersehen, wenn man meint, das RG. weiche von dem allgemeinen Grundsatz der Streitwertfestsetzung ab, weil es von dem wirtschaftlichen Interesse des Klägers ausgehe. In Wahrheit geht es nicht von der Regel — der Streitwert entspricht der Höhe der geltend gemachten Forderung — ab (so richtig, leider ohne näheren Hinweis, Stein-Jonas, Komm. z. ZPO., 15. Aufl., § 3 Anm. IV), ja, es konstruiert das eigene Recht des Miterben, um an der Regel festhalten zu können. Nur insoweit geht es hier „anders" vor, als es erst den Anspruch des Miterben aus dem nach außen hin erhobenen Gesamthandsanspruch herausschält und ihn dem Gesamthandsanspruch entgegenstellt, als sei er Inhalt des Klagantrags. Das hat man immer wieder mißverstanden und drang so nicht zu dem Hauptmangel der Beweisführung des RG. vor.

§ 2039 gewährt dem Miterben kein eigenes materielles Recht, sondern nur das Recht, „an Statt" der Erbengemeinschaft den Gesamthandsanspruch geltend zu machen. Wir haben hier einen ganz klaren Fall der Prozeßstandschaft, oder materiell-rechtlich ausgedrückt, der Repräsentation. Darüber herrscht auch, wo man sich offen darüber ausspricht, gar kein Zweifel (vgl. z. B. Staudinger, Komm., 9. Aufl., 1928, § 2039 Anm. 4[1]). Freilich zieht man nicht allgemein die Folgerungen daraus. Das zeigt sich nicht nur hier bei der Streitwertberechnung, sondern auch bei der Verjährung. So nimmt z. B. Planck (a. a. O.) mit dem RG. an, bei der Klage eines Miterben werde die Verjährung nur für ihn, nicht auch für die Erbengemeinschaft unterbrochen; mit Recht dagegen Staudinger. (A. a. O. Anm. 4 S. 376, dort weitere Literatur.)

Die Fehlentscheidung des RG. — sowohl bei der Streitwertberechnung, wie auch bei der Verjährung — beruht einmal auf der Verkennung des Wesens der Gesamthand, zum anderen auf einem dem 19. Jahrhundert eigenen Bestreben, alles Recht als Recht zwischen Einzelpersonen zu denken.

Die Gesamthand der Erben ist entwicklungsgeschichtlich hervorgegangen aus der „fortgesetzten Erbengemeinschaft" unseres germanischen Rechts (vgl. Gierke, Deutsches Privatrecht Bd. I S. 663 ff.). Sie ist als Gemeinschaftsrecht dem individualistischen — nach Ursprung und Form — Recht des BGB. wesensfremd. Sie steht im BGB. als ein Überrest des längstvergessenen Rechtszeitalters des Gemeinschaftsdenkens unserer Vorfahren; sie wohnt hier umgeben von einem ihm fremden Rechtsstil.

Dieses Rechtsgebilde will konkret betrachtet, aus sich

[1]) Nur stellt man — für gewisse Zwecke — daneben noch das eigene „Sonderrecht" des Miterben (vgl. RGRKomm., 6. Aufl., § 2039 Anm. 2), weil man keine echte Vorstellung von der Repräsentation mehr hat.

heraus und nicht mit Hilfe allgemeiner Rechtsprinzipien des 19. Jahrhunderts verstanden sein.

Demgegenüber trägt das RG. in die Gesamthand individualistische Rechtsgrundsätze, wenn es das Recht der Erbengemeinschaft in Einzelrechtsbeziehungen ihrer Glieder umdenkt, ohne daß § 2039 den geringsten Anlaß dazu bietet; nur dem Zeitgeist trägt es — wie alle, die ihm folgen (insbesondere Planck § 2039 Anm. 2, der meint, der Gesamthandsanspruch werde nur „nebenbei" geltend gemacht) — Rechnung. Es löst damit vor der Auseinandersetzung die Erbengemeinschaft auf und macht aus dem Erben, dem Genossen einer Gemeinschaft, einen Teilerben. Es eilt hierbei der individualistischen Entwicklung noch voraus, einer Entwicklung, die wir heute mit aller Kraft einzudämmen suchen. Deshalb schon muß das RG. seine Rechtsprechung aufgeben.

Wenn die Begriffe Gemeinschaft und Repräsentation — Darstellung der Erbengemeinschaft durch den Erben — wieder einen Platz im Kreise unserer Rechtsbegriffe erhalten sollen, ja darüber hinaus von zentraler Bedeutung werden sollen, so müssen wir uns überall dort bewähren, wo die geltende Rechtsordnung es nicht nur gestattet, sondern gebietet. Hier — in den kleinsten Einzelfragen — muß die heute allgemein erhobene Forderung nach dem „konkreten Ordnungsdenken"[2]) einmal in die Tat umgesetzt werden, wenn sie nicht nur eine Forderung bleiben soll.

Das RG. kann seine Entscheidung — dies sei zur Vervollständigung noch ausgeführt —, auch nicht damit halten, daß es sie allein auf die „Billigkeit" stützt und ohne Rücksicht auf den erhobenen Anspruch den Streitwert nach dem wirtschaftlichen Interesse des Klägers bestimmt.

Die Entscheidung ist — rein prozessual — weder für den einen, noch für den anderen Teil billig. Der Gedanke aber, daß der eine Erbe nicht für die anderen mitbluten soll, zieht ebenfalls nicht — zudem kann der Kläger ja auch im Einverständnis mit allen übrigen Erben vorgehen —, die Gemeinschaft verlangt eben im Einzelfall besondere Opfer. Auch der Hinweis auf die begrenzte Rechtskraft (s. o.) geht fehl. Er hätte doch nur Bedeutung, wenn das Urteil über einen Teilanspruch (den sog. „eigenen" Anspruch des Miterben) entscheiden würde. In Wahrheit wird doch — freilich nur zwischen den Parteien[3]) — über den ganzen Anspruch, d. h. den Gesamthandsanspruch, entschieden und diese Entscheidung wird rechtskräftig.

Wollte das RG. ganz platt auf das wirtschaftliche Interesse des Klägers abstellen, so würde es eine allgemeine Unsicherheit in die Streitwertberechnung hineintragen und müßte seine ganze Rechtsprechung in dieser Frage weitgehend revidieren. Es sei nur auf einige Fälle hingewiesen, bei denen in der Regel Klaganspruch und wirtschaftliches Interesse des Klägers auseinanderfallen. So bei der Klage des Ehemannes nach § 1380, des Gesamthandgläubigers nach § 432, dessen der im Falle der sog. Legitimationsübertragung klagt, aber auch bei §§ 1077, 1281, 335 BGB.

Zudem würde sich eine vom wirtschaftlichen Interesse ausgehende Streitwertberechnung gegen § 6 ZPO., der zwar nicht unmittelbar, aber mittelbar anzuwenden ist, und gegen die feststehende Übung all unserer Gerichte, sowie gegen die allgemeine Meinung der Rechtslehre (vgl. für viele Stein-Jonas, Komm. zur ZPO. § 3 Anm. 6) durchsetzen müssen.

---

[2]) Es sei verwiesen auf Carl Schmitt, Über die drei Arten des rechtswissenschaftlichen Denkens, 1934, und auf Jerusalem, Der Staat, 1935, insbesondere S. 314/15.

[3]) Das folgt aber nicht aus § 2039 BGB., sondern aus dem zivilprozessualen Satze, daß jedes Urteil nur Rechtskraft inter partes wirke. Auch dieser Satz wäre einmal zu überprüfen.

B.

Von Rechtsanwalt Dr. Wolfgang Weber, Berlin

Einem Wunsche der Schriftleitung entsprechend, bemerke ich zu dem vorstehenden Aufsatz folgendes:

1. Wie zutreffend ausgeführt ist, geht es nicht an, für den Wert des Streitgegenstandes das wirtschaftliche Interesse des Klägers maßgebend sein zu lassen. So wenig im materiellen Recht ein wirtschaftliches Interesse Voraussetzung eines Anspruchs ist (vgl. z. B. die sog. Schadensliquidation aus fremdem Interesse), so wenig kann im Prozeßrecht das wirtschaftliche Interesse des Klägers ausschlaggebend für den Streitwert sein.

Wert des Streitgegenstandes und Interesse des Klägers sind vielmehr zu trennen. Es gibt eine große Zahl von Fällen, in denen der Streitwert über das wirtschaftliche Interesse des Klägers hinausgeht.

2. Aus diesem Grunde hat das RG. in seiner Entscheidung Bd. 93 S. 127 ff. es auch nicht schlechtweg auf das Interesse des Klägers abgestellt (S. 130), sondern hat seinen Standpunkt in erster Linie damit begründet, daß in den Fällen des § 2039 BGB. der Miterbe „kraft seines eigenen, in einem Anteil an der Erbschaft bestehenden Rechtes" vorgehe.

Dieses Recht des Miterben faßt das RG. als ein Teilrecht auf, für dessen Streitwert — im Gegensatz zu einer auf das Gesamtrecht der Erbengemeinschaft gegründeten Klage sämtlicher Miterben — nach Meinung des RG. das Anteilsverhältnis des Klägers an der ungeteilten Erbschaft maßgebend sein muß.

Diese Begründung beruht auf einer Verkennung des Wesens des Rechts, das dem Miterben in § 2039 BGB. gegeben ist.

Wie Gierke in seinem Deutschen Privatrecht (Bd. 3 S. 281/82) ausführt, ist der Anspruch des Miterben aus § 2039 BGB. lediglich Ausfluß eines aus der Forderungsgemeinschaft entspringenden Sonderrechts, das die ganze Forderung ergreift. Es handelt sich, wie in dem vorstehenden Aufsatz näher dargelegt ist, um einen Fall der Repräsentation (vgl. auch Gierke a. a. O. S. 270) bzw. Prozeßstandschaft. Wie KGR. Dr. Gaedeke: JW. 1934, 2274[9] ausführt, macht der aus § 2039 BGB. vorgehende Miterbe nicht nur sein eigenes Interesse geltend, sondern hierüber hinaus auch das Interesse der übrigen Miterben.

Das Recht des Miterben aus § 2039 BGB. ist demnach nicht, wie es das RG. tut, quantitativ aufzulösen, sondern will qualitativ gewertet werden.

3. Die Begründung des reichsgerichtlichen Standpunkts führt im Ergebnis dazu, daß das Interesse des Klägers für den Wert des Streitgegenstandes ausschlaggebend wird.

Aber selbst unter dem Gesichtspunkt dieser Interessenwertung kann dem Standpunkt des RG. nicht beigepflichtet werden.

Mit dem LG. Essen (JW. 1934, 180) ist dem RG. entgegenzuhalten, daß ja auch bei der Klage eines Mitgläubigers aus § 432 BGB. der Streitwert sich nach § 6, nicht nach § 3 ZPO. beurteilt, obwohl auch der Mitgläubiger letzten Endes seinen Anteil am ganzen verfolgt.

Im übrigen erscheint es willkürlich, das Interesse des klagenden Miterben mit seinem Anteil am ganzen zu identifizieren. Denn jeder Miterbe hat ein Interesse am Eingang der ganzen Summe, da er nur diesenfalls den im Innenverhältnis auf ihn entfallenden Anteil voll erhält.

4. Der Standpunkt des RG. wird aber auch durch folgendes widerlegt:

Es kann wohl als unstreitig bezeichnet werden, daß bei einer Klage auf Leistung an Dritte die geforderte Summe den Streitgegenstand bildet.

Auf der andern Seite ist es unzweifelhaft, daß bei einer Klage auf Zahlung an den Kläger selbst für den Wert des Streitgegenstandes ebenfalls § 6 ZPO. maßgebend ist.

Zwischen diesen beiden Fällen hält die vorliegende Gestaltung die Mitte. Die Klage des Miterben aus § 2039 BGB. geht auf Leistung an alle Erben, d. i. auf Leistung sowohl an den Kläger selbst, als auch an die übrigen Erben.

Wenn schon bei einer Klage auf Zahlung lediglich an Dritte der Streitwert sich nach der geforderten Summe richtet, so muß dies per argumentum a maiore ad minus erst recht dann der Fall sein, wenn die Klage auf Zahlung nicht nur an Dritte, sondern auch an den Kläger selbst gerichtet ist. Denn dieser Fall leitet bereits zu dem Fall über, daß der Kläger auf Zahlung ausschließlich an sich selbst klagt.

5. Man sucht unter den obwaltenden Umständen unwillkürlich nach einem inneren Grunde, der den — auch unter der Herrschaft einer überwundenen liberalistischen Rechtsauffassung befremdenden — Standpunkt des RG. bestimmt haben mag.

Der innere Grund mag der sein, daß der aus § 2039 BGB. klagende Miterbe sich nicht freiwillig zum Repräsentanten der übrigen Erben macht, sondern daß er vom Gesetz hierzu gezwungen wird, wenn anders er für sich selbst etwas erlangen will. Ein Miteintreten für andere unter Zwang hat ethisch sicherlich nicht das gleiche Gewicht, als wenn jemand sich dieser Aufgabe freiwillig unterzieht.

Aber dieser Unterschied ist zu fein, als daß er eine verschiedene rechtliche Behandlung rechtfertigen könnte.

Ein soziales Handeln bleibt soziales Handeln, auch wenn ein Zwang dahinter steht. Eine Repräsentation anderer behält ihren Charakter, auch wenn diese Repräsentation Mittel zum Zweck der Verfolgung eigener Wünsche ist.

Der aus § 2039 BGB. klagende Miterbe tut Dienst an der Gemeinschaft. Hieran wird dadurch nichts geändert, daß er zugleich auch für sich sorgt, ja, daß die Sorge für sich selbst vielleicht die Triebfeder seines Handelns ist.

Beiratsversammlung und Erstattung des Jahresberichts der Deutschen Zentralstelle zur Bekämpfung der Schwindelfirmen e. V., Hamburg

Die Deutsche Zentralstelle zur Bekämpfung der Schwindelfirmen e. V., Sitz Hamburg, hielt in diesen Tagen im Hause der Deutschen Rechtsfront zu Berlin unter dem Vorsitz ihres Präsidenten, des Reichsamtsleiters Dr. W. Raeke, M. d. R., ihre diesjährige Beiratsversammlung ab. Der Versammlung wohnten die Vertreter der an der Bekämpfung der Schwindelfirmen besonders interessierten Reichsministerien bei: des Reichs- und Preußischen Justizministeriums, des Reichswirtschaftsministeriums, des Reichsarbeitsministeriums, des Reichs- und Preußischen Ministeriums des Innern. Ferner hatten zu der Sitzung Vertreter entsandt der Reichsnährstand, die Abteilung Berufsmoral beim Stab des Stellvertreters des Führers, der Generalstaatsanwalt in Berlin, der Polizeipräsident in Berlin, der Oberbürgermeister der Stadt Berlin, die Berliner Gerichte, ebenso verschiedene Spitzenorganisationen der Wirtschaft und die Industrie- und Handelskammer Berlin.

Der Präsident überbrachte die Grüße des Reichsjuristenführers Reichsminister Dr. Frank und wies ganz besonders auf die für die Tätigkeit der Zentralstelle sehr förderliche enge Zusammenarbeit mit dem Amt für Rechtsbetreuung hin.

Der Versammlung wurde ferner der Bericht der Zentralstelle über das Jahr 1934 vorgelegt, der ein anschauliches Bild über die vielseitige, nach wie vor recht lebhafte Tätigkeit dieser Stelle gibt und ihre Bedeutung und Wichtigkeit darzulegen geeignet ist. In gleichem Maße, wie die im Jahre 1911 gegründete Zentralstelle damals enge Beziehungen zu den öffentlichen und gemeinnützigen Rechtsauskunftsstellen unterhielt, stellt sie sich heute den NS.-Rechtsbetreuungsstellen zur Verfügung und steht mit diesen Stellen in einem engen Austauschverkehr über Erfahrungen mit Schwindelfirmen.

Der Bericht hebt weiter die im Laufe der Jahre immer enger gewordenen Verbindungen der Zentralstelle zur Anwaltschaft hervor. In vielen Fällen seien Prozesse gerade dadurch zugunsten der von den Anwälten vertretenen Parteien entschieden worden, daß an Hand der von der Zentralstelle erteilten Auskünfte oder des von dieser Stelle übersandten Materials die Unredlichkeit und Unzuverlässigkeit des Prozeßgegners nachgewiesen werden konnte. Daher spricht die Zentralstelle in ihrem Bericht die Bitte aus, die Anwälte möchten sich auch ferner in allen geeignet erscheinenden Fällen mit der Zentralstelle in Verbindung setzen und das dort befindliche Material anfordern; ferner aber auch ihrerseits der Zentralstelle durch Übersendung von Schriftsätzen und Urteilsabschriften Kenntnis geben von Prozessen gegen unlautere Unternehmungen. Mit besonderem Nachdruck wird in dem Jahresbericht auf die recht große Unkenntnis weiter Volkskreise in Rechtsangelegenheiten hingewiesen. Sie trägt — wie in dem Bericht gesagt wird — zweifellos einen großen Teil Mitschuld an den sonst häufig unverständlichen Erfolgen der Schwindelfirmen. Die Zentralstelle regt daher an, auf eine weitgehende Aufklärung der deutschen Volksgenossen über rechtliche Grundbegriffe bedacht zu sein. Die Verbreitung aufklärender und leicht faßlicher kleiner Merkbüchlein und Merkblätter, sowie eine Unterweisung der Schuljugend in den wichtigsten rechtlichen Begriffen würde nach Ansicht der Zentralstelle ein wirksames Mittel im Kampf gegen unlautere Geschäftsmethoden sein.

Eine eingehende Besprechung wird im Jahresbericht dem Zwecksparwesen gewidmet. Wenn auch anerkannt wird, daß durch die Tätigkeit des Reichsbeauftragten für Zwecksparunternehmungen eine ganz erhebliche Besserung im Zwecksparwesen eingetreten ist, so bleibt doch noch manches zu tun übrig, ehe man die Zwecksparunternehmungen als unentbehrliche Faktoren im Wirtschaftsleben wird anerkennen können. Der Bericht erwähnt u. a. die Notwendigkeit der Aufstellung gerechter und brauchbarer Zuteilungsbedingungen, der Einschränkung der Verwaltungskosten und der Beschaffung hinreichender finanzieller Grundlagen. — Eine ganz besondere Sorgfalt wird man der Ausbildung der Vertreter der Zwecksparunternehmungen widmen müssen. Da in Händen der Vertreter im überwiegenden Maße die Werbung liegt, ist zu verlangen, daß der Vertreterstab sich nur aus völlig einwandfreien und gut geschulten, mit ausreichenden Kenntnissen versehenen Personen zusammensetzt. Man wird aber andererseits solchen Vertretern auch auskömmliche Verdienstmöglichkeiten verschaffen müssen, um sie nicht wegen unzureichender Einkünfte der Versuchung bedenklicher Geschäftsmethoden auszusetzen. — Die Zentralstelle stellt bei dieser Gelegenheit mit Bedauern fest, daß es einer einheitlichen Rechtsprechung zu der Frage ermangelt, welche Rechte ein Zwecksparer gegenüber dem Zwecksparunternehmen hat, wenn er durch unwahre Angaben des Vertreters zum Abschluß eines Zwecksparvertrages bewogen worden ist. Im Gegensatz zu der von einigen Gerichten vertretenen Auffassung ist die Zentralstelle der Ansicht, daß die Vertreter von Zwecksparunternehmungen niemals als Dritte i. S. von § 123 Abs. 2 BGB. anzusehen sind, und daß daher die Zwecksparunternehmungen selbst für arglistige Täuschungen seitens ihrer Vertreter einzustehen haben.

Wie sich aus dem Bericht weiter ergibt, hat die Zentralstelle sich häufig mit unzuverlässigen Patentverwertern zu befassen gehabt. Die erheblichen Gefahren, die den oft zu allzu optimistischen Hoffnungen neigenden und in wirtschaftlichen Dingen vielfach unerfahrenen Erfindern von unzuverlässigen Patentverwertern drohen, haben schon vor längerer Zeit den Präsidenten des RPatA. veranlaßt, jedem Erwerber eines neuen Schutzrechts ein Merkblatt zugehen zu lassen, in welchem dem Inhaber des Schutzrechts empfohlen wird, sich vor Inanspruchnahme eines Patentverwertungsinstituts mit der Deutschen Zentralstelle zur Bekämpfung der Schwindelfirmen e. V. oder mit dem Vorstand der Patentanwaltskammer in Verbindung zu setzen. Die Zentralstelle verspricht sich eine Besserung auf diesem Gebiet nur durch Einführung gesetzlicher Bestimmungen zur Regelung der Verhältnisse der Patentverwerter.

Von den in dem Bericht weiter angeführten zahlreichen Beispielen unlauterer Geschäftsmethoden, wie des Darlehnsschwindels, des Kautions- und Nebenerwerbsschwindels, der Zusendung unbestellter Waren, der Schwindeleien beim Heilmittelvertrieb u. a. seien noch die Schädigungen Unfallgeschädigter durch nicht einwandfreie private Unfallschutzunternehmungen hervorgehoben. Auf die Unternehmer solcher Unfallschutzverbände ist auch schon in der JW. wiederholt hingewiesen worden. Auch die Zentralstelle hat oft feststellen müssen, daß Volksgenossen durch die Inanspruchnahme derartiger privater Unfallschutzunternehmungen geschädigt worden sind, vor allem dadurch, daß diese Unternehmungen oft nicht die nötigen Rechtskenntnisse für die Bearbeitung derartiger Angelegenheiten besitzen, dann aber auch, weil sie vielfach weniger eine Betreuung der Unfallgeschädigten als die Erzielung eigener Vorteile im Auge haben. Die

Zentralstelle empfiehlt daher Unfallgeschädigten, zur Schadensregulierung die Hilfe eines Rechtsanwalts in Anspruch zu nehmen. Sie weist ferner auf die in einigen Städten bereits bestehenden Verkehrsunfallstellen des Bundes Nationalsozialistischer Deutscher Juristen, Reichsfachgruppe Rechtsanwälte, hin.

Zusammenfassend darf gesagt werden, daß der Geschäftsbericht der Zentralstelle neben der Absicht, Rechenschaft über die Arbeit der Geschäftsstelle abzulegen, ein geeignetes Mittel zur Aufklärung über die Methoden der Schwindelfirmen darstellt und damit dem Schutz der Volksgenossen vor Ausbeutung zu dienen geeignet ist.

Der Vorlage des Jahresberichts folgten mehrere Sachberichte der Geschäftsführung, welche die Ausführungen des Präsidenten ergänzten und weitere Erläuterungen über die Tätigkeit und die finanzielle Grundlage der Zentralstelle gaben.

In der anschließenden Aussprache wurde übereinstimmend betont, daß der Zentralstelle eine wesentliche Bedeutung für den Schutz der minderbemittelten Volksgenossen vor Ausbeutung durch Schwindelfirmen zukommt, daß sich auch die verschiedensten Behörden dieser Stelle mit Nutzen bedienen, und daß ihre Aufrechterhaltung unter allen Umständen gewährleistet werden muß. Die anwesenden Vertreter der Ministerien, des Reichsnährstandes und der Handelskammern stellten weitere finanzielle Beihilfen in Aussicht. Es wurde ferner dem Wunsche und der Erwartung Ausdruck gegeben, daß auch die Deutsche Arbeitsfront der Notwendigkeit dieser, gerade den minderbemittelten Volksgenossen zugute kommenden Stelle sich nicht verschließen und zum Schutz aller schaffenden Deutschen vor schwindelhaften Unternehmungen durch eine angemessene Beihilfe beitragen möge.

In der am Schluß der Verhandlungen vom Präsidenten der Zentralstelle formulierten und allgemein gebilligten Willensbildung kam die einmütige Auffassung der Versammlung zum Ausdruck, daß die Zentralstelle unter Anerkennung ihrer bisherigen Tätigkeit zu erhalten, und daß ihr Ausbau zu einer zentralen Dachorganisation unter gleichzeitiger Gründung eines Netzes von Zweigstellen im Reich zu erstreben sei. An einem derartigen Ausbau sollten in erster Linie die Industrie- und Handelskammern mitwirken.

Die wechselseitigen Beziehungen zu dem Amt für Rechtsbetreuung des Deutschen Volkes und den unter der Oberaufsicht dieses Amtes arbeitenden parteiamtlichen NS.-Rechtsbetreuungsstellen sollen noch weiter ausgebaut und vertieft werden. Sobald für das ganze Reichsgebiet ein Netz von Zweigstellen errichtet und die Finanzierung der Zentralstelle als Dachorganisation sichergestellt ist, soll die Übersiedlung der Zentralstelle nach Berlin in Aussicht genommen werden.

Zur Unterlassungsklage aus § 12 BGB.

Die Bezeichnung der Parteien im Namensschutzprozeß kann häufig Schwierigkeiten bereiten. Das ist besonders dann der Fall, wenn gemäß § 12 BGB. eine Klage auf Unterlassung des Gebrauchs eines Namens angestrengt wird, den der Beklagte unbefugt als eigenen Namen führt. Folgerichtig wird man den Beklagten im Klagrubrum mit seinem richtigen Namen, nicht mit dem unbefugt geführten Namen bezeichnen. Damit ist aber schon der Grund zu Schwierigkeiten gelegt. Denn eine solche Klage wird oft gar nicht zugestellt werden können, wenn der Beklagte nur unter dem unbefugt geführten Namen bekannt ist. Dieselben Schwierigkeiten können sich bei Zustellung des Urteils und der im Vollstreckungsverfahren etwa notwendig werdenden Entscheidungen ergeben. Man wird daher zweckmäßigerweise den unbefugt geführten Namen dem richtigen Namen hinzusetzen, um die Persönlichkeit des Beklagten einwandfrei zu bezeichnen. Der Name des Beklagten wird dann im Rubrum etwa mit „B., genannt X." anzugeben sein. Vielfach wird der Gerichtsvollzieher nur so mit hinreichender Bestimmtheit erkennen, wem er zustellen soll.

Ein Fall aus der Praxis mag das verdeutlichen. Ein Gerichtsvollzieher war beauftragt worden, gegen den zur Unterlassung der Führung des Namens „X." verurteilten B. eine gemäß § 890 ZPO. festgesetzte Geldstrafe zu vollstrecken. Der Gerichtsvollzieher schrieb zurück, die Vollstreckung sei unmöglich, da an der angegebenen Anschrift nur ein (durch Personalpapiere ausgewiesener) X., nicht aber B. wohne. Der Beklagte hatte hier offenbar geltend gemacht, er sei mit der im Urteil genannten Partei nicht identisch. Diese Einwendung war unbegründet. Der Gerichtsvollzieher konnte dies aber nicht ohne weiteres feststellen, weil die Partei eben den falschen Namen führte und dazu noch falsche Personalpapiere besaß. Bei genauerer Parteibezeichnung wäre die Vollstreckung des Urteils dagegen sofort möglich gewesen.

Auch wenn man im vorliegenden Falle unterstellt, das Urteil sei sachlich unrichtig und der richtige Name des Beklagten sei doch X., so muß das Urteil doch vollstreckt werden. Freilich bedarf es dann erst recht einer ausführlichen Parteibezeichnung, damit der Gerichtsvollzieher erkennen kann, gegen wen er zu vollstrecken hat. Ist aber der Beklagte als „B., genannt X." bezeichnet, so kann er auch in diesem Fall nicht geltend machen, er sei nicht die im Urteil genannte Partei, einen B. gebe es gar nicht und das Urteil sei daher gegenstandslos. Denn die Partei wird nicht nur durch ihren Namen gekennzeichnet, sondern auch durch ihr Gewerbe und ihre Anschrift (§§ 253, 130 ZPO.). Die Angaben sind zudem der Auslegung fähig. Die Auslegung ist allenfalls auch aus dem Text der Klage oder des Urteils heraus möglich. Ist demnach die an bestimmter Anschrift wohnhafte Person „B., genannt X." verklagt, so ist X. Passivpartei geworden, wenn er unter dieser Anschrift wohnt. Bei den zahlreichen kleinen Irrtümern, die regelmäßig bei Parteibezeichnungen unterlaufen, ist der Gerichtsvollzieher so gut wie täglich mit der Auslegung von Parteibezeichnungen befaßt. Es kann ihm nur nicht zugemutet werden, zwecks Auslegung des Rubrums unter Umständen das ganze Urteil zu studieren. Deshalb ist eine ausführliche Parteibezeichnung gerade in Namensschutzprozessen am Platze.

War das gegen den Beklagten in dem angeführten Falle ergangene Urteil sachlich unrichtig, so durfte der Gerichtsvollzieher die Vollstreckung aber nicht etwa deshalb verweigern, weil aus den vom Beklagten vorgelegten Personalpapieren hervorging, daß er den ihm untersagten Namen mit Recht führte. Denn das käme auf eine Nachprüfung des rechtskräftigen Urteils durch den Gerichtsvollzieher hinaus. Eine Ausnahme wäre — in rechtsähnlicher Anwendung des § 775 ZPO. — wohl nur dann zu machen, wenn der Beklagte nachweist, daß er den untersagten Namen nach Rechtskraft des Urteils neu erworben hat.

Im übrigen ist das Urteil zu vollstrecken, auch wenn der dem Beklagten darin verbotene Name tatsächlich sein richtiger Name ist. Dies Ergebnis erscheint befremdlich. Der Fehler liegt hier aber im Erkenntnisverfahren. Da der Richter nur das von den Parteien vorgebrachte Tatsachenmaterial zu berücksichtigen hat, kann recht leicht ein Urteil ergehen, welches dem Beklagten die Führung des ihm zustehenden Namens untersagt; so besonders, wenn der Beklagte sich nur unvollkommen verteidigt oder ausbleibt und im Versäumnisverfahren verurteilt wird.

Solche Urteile führen aber zu einem Konflikt mit öffentlich-rechtlichen Vorschriften. Zwar wirkt das Urteil nur unter den Parteien. Aber wenn auch der Namensgebrauch nur gegenüber dem Kläger unzulässig ist, so muß der Beklagte doch die Namensführung ganz unterlassen, um nicht gegen das Urteil zu verstoßen. Auf der anderen Seite dagegen muß jedoch der Beklagte irgendeinen Namen führen. Aber welchen? Er kann weder einen beliebigen Namen annehmen, noch etwa den ihm vom Kläger im Prozeß zugedachten eigentlichen Namen führen. Denn durch das Urteil ist keineswegs etwa rechtskräftig festgestellt, daß dem Beklagten genau der vom Kläger gerade zugeschriebene Name zusteht. Der Beklagte würde sich durch Gebrauch des ihm vom Kläger zugeschriebenen Namens oder eines beliebigen anderen Namens alsbald nach § 360 Ziff. 8 StGB. strafbar machen. Es bleibt ihm daher kein anderer Weg, als sich behördlich einen neuen Namen verleihen zu lassen.

Man könnte sagen, daß der Beklagte dies als Folge seiner mangelhaften Prozeßführung in Kauf nehmen muß. Die schlechte Verteidigung wird indessen nicht immer vom Beklagten verschuldet sein. Es ist aber auch nicht einzusehen, weshalb der Kläger nicht nur einen ungerechtfertigten Sieg erringen soll, sondern darüber hinaus die Verwaltungsbehörde genötigt werden soll, einen Zustand zu legalisieren, der gerade nach den öffentlich-rechtlichen Namensvorschriften nicht eintreten sollte. Man denke nur daran, daß der Namensschutzprozeß sogar arglistig dazu ausgenutzt werden kann, um eine Namensänderung herbeizuführen. Jemand, dem von der zuständigen Behörde die Änderung seines Namens versagt worden ist, braucht sich ja nur von einem Träger des gleichen Namens auf Unterlassung der Namensführung verklagen und im Versäumnisverfahren verurteilen zu lassen, um die Behörde zur Verleihung eines neuen Namens zu nötigen. Das geht offensichtlich nicht an.

Die Familiennamen sind eine öffentlich-rechtliche Einrichtung zur Unterscheidung der Staatsbürger. Sie sind der privatrechtlichen Verfügung entzogen. Folglich dürfen auf die Behandlung des Namens im Prozeß auch nicht die Regeln der Verhandlungsmaxime Anwendung finden. Ähnlich wie im Eheprozeß muß auch im Namensprozeß die Offizialmaxime in gewissem Umfang eingeführt werden. Eine Verurteilung zur Unterlassung der Führung eines Namens darf nicht erfolgen, bevor nicht von Amts wegen geprüft worden ist, ob der Beklagte nicht zur Führung des betreffenden Namens verpflichtet ist.

GerAss. Dr. Günther Beitzke, Kiel.

Ausgleich bürgerlich-rechtlicher Ansprüche

Bei einzelnen Gerichten scheinen Zweifel darüber zu bestehen, ob den auf Grund des AusglG. v. 13. Dez. 1934 (RGBl. I, 1235) an sie gerichteten Ersuchen der zuständigen Verwaltungsbehörden um Aussetzung anhängiger Rechtsstreitigkeiten auch dann stattzugeben ist, wenn nach ihrer Auffassung die Voraussetzungen für eine Anwendung

des AusglG. nicht gegeben sind. Nach § 7 Satz 2 der 1. Durchf.- u. ErgVO. zum AusglG. v. 22. Febr. 1935 (RGBl. I, 219) entscheidet darüber, ob im Einzelfalle das AusglG. anwendbar ist, maßgeblich und mit bindender Wirkung für die Gerichte und Verwaltungsbehörden allein der RMdJ. Im Hinblick auf diese ausschließliche Zuständigkeit des RMdJ. schreibt § 5 der VO. vor, daß die Aussetzung des Verfahrens oder die einstweilige Einstellung der Zwangsvollstreckung auf Ersuchen des RMdJ. sowie jeder sachlich zuständigen Verwaltungsbehörde stets anzuordnen ist. Ihren Ersuchen um Aussetzung des Verfahrens oder Einstellung der Zwangsvollstreckung ist sonach in jedem Falle und insbesondere ohne Nachprüfung der Frage, ob der geltend gemachte Anspruch zu den ausgleichbaren Ansprüchen gehört, nachzukommen.

(AV. d. RJM. v. 30. April 1935, IV b 10059. — Deutsche Justiz S. 696.)

Der Ersatzanspruch des mittelbar Geschädigten aus unerlaubter Handlung

Da eine konsequente Durchführung des vom RG.[1]) und der herrschenden Lehre[2]) herausgebildeten Satzes, daß grundsätzlich nur der, gegen den das Delikt sich unmittelbar richtet, also der unmittelbar Geschädigte, Schadensersatz verlangen kann, nicht aber jemand, dessen Verletzung sich erst als eine weitere Folge des Delikts darstellt, also ein mittelbar Geschädigter, zu menschlich und wirtschaftlich unbilligen Ergebnissen führt und vom RG. selbst nicht in allen Fällen angewandt wird, erscheint eine grundsätzliche Auseinandersetzung mit diesen Fragen geboten.

Dabei wird unter „mittelbar Geschädigten" nicht nur eine Person verstanden, deren nach § 823 BGB. geschützte Rechtsgüter nicht verletzt wurden — oder die zu dem Verletzer nicht in Vertragsbeziehungen stand — und die deshalb keinen eigenen, selbständigen Schadensersatzanspruch hat[3]), sondern wir fassen hier den Begriff des mittelbar Geschädigten in rein natürlichem, logischen Sinne und verstehen darunter denjenigen, dessen Verletzung sich erst als weitere Folge eines gegen einen andern, den unmittelbar Verletzten, gerichteten Delikts darstellt, selbst wenn gleichzeitig auch ihm gegenüber ein eigener haftungsbegründender Tatbestand gegeben ist. So ist z. B. ein Theaterunternehmer, dem durch die Verletzung eines Schauspielers ein Schaden erwächst, in jedem Fall mittelbar geschädigt, ganz unabhängig davon, ob der Verletzer vorsätzlich oder fahrlässig gehandelt hat und ob demzufolge etwa dem Unternehmer ein Ersatzanspruch nach § 826 BGB. zusteht oder nicht. Denn die Frage nach dem Schaden und Geschädigten ist von der Frage der Schuld und auch von der Frage der adäquaten Kausalität vollkommen unabhängig[4]). Und wenn ständig formuliert wird (vgl. Anm. 1 u. 2), grundsätzlich hat nur der unmittelbar Verletzte einen Anspruch, nicht der mittelbar Verletzte (außer im Rahmen von §§ 844 f.), so setzt der Begriff des mittelbar Verletzten eine vollkommen selbständige Bedeutung voraus und kann nicht lediglich eine Bezeichnung dessen sein, der deshalb keinen eigenen Ersatzanspruch hat, weil seine Rechtsgüter nicht verletzt sind, denn dann wäre dieser so oft betonte Grundsatz des BGB. lediglich eine Definition des Nicht-Berechtigten!

So sagt auch das RG.[5]) in ganz klarer Weise: „Es besteht kein Zweifel darüber, daß nach § 823 BGB. nicht jeder schadensersatzberechtigt ist, der durch die unerlaubte Handlung einen Schaden erleidet, sondern daß sich grundsätzlich die Berechtigung zum Schadensersatze beschränkt auf die Person des unmittelbar durch die unerlaubte Handlung Verletzten, im Falle des Abs. 2 desjenigen, zu dessen unmittelbarem Schutze das übertretene Schutzgesetz bestimmt ist. Ausnahmen gelten nach BGB. nur gemäß §§ 844 Abs. 2 und 845 das." Kurz darauf heißt es dann: „Bei Beschädigung oder Tötung einer Person ist stets nur diese Person unmittelbar verletzt und alle anderen Interessen können nur mittelbar auf Grund dieser Verletzung berührt werden." Ebenso heißt es in einer anderen Entscheidung[6]): „Beim mittelbar Geschädigten handelt es sich darum, daß eine dritte Person infolge einer gegen einen andern begangenen unerlaubten Handlung einen Schaden erleidet."

Und nun macht man von diesem Grundsatz für das Gebiet des § 826 eine Ausnahme und meint, im Bereich dieser Vorschrift sei auch ein mittelbar Beschädigter ersatzberechtigt. „Nach § 826 ist jeder schadensersatzberechtigt, der durch die Handlung einen Schaden erleidet, der ihm vorsätzlich zugefügt ist, auch der mittelbar Beschädigte"[7]). Gestützt wird diese Auffassung darauf, daß § 826 BGB. viel allgemeiner gefaßt sei als § 823 BGB. und von der Zufügung eines Schadens schlechthin spreche, ohne bestimmte Personen zu bezeichnen, denen Rechtsansprüche wegen sittenwidrigen Handelns gewährt würden.

Jedoch ist diese Zerreißung der Systematik des geltenden Schadensersatzrechts nicht einzusehen und m. E. nicht begründet. Der Gesetzeswortlaut der beiden Stellen ist, soweit er hier in Frage kommt, voll und ganz derselbe. In § 823 Abs. 1 heißt es: Wer ... das Eigentum oder ein sonstiges Recht „eines andern" ... verletzt, ist „dem andern" zum Ersatze des daraus entstehenden Schadens verpflichtet. Und in § 826 heißt es: Wer ... „einem andern" ... Schaden zufügt, ist „dem andern" zum Ersatze des Schadens verpflichtet. Inwiefern also § 826 BGB. von der Zufügung eines Schadens schlechthin sprechen soll, ohne bestimmte Personen zu bezeichnen, und § 823 BGB. nicht, ist wirklich nicht einzusehen. § 826 stellt grundsätzlich keinen anderen Kreis der Berechtigten auf als § 823 auch! Lediglich die geschützten Objekte sind verschieden. In § 823 sind es Leben, Körper, Gesundheit, Freiheit, Eigentum und die sonstigen absoluten Rechtsgüter, während es bei § 826 das Vermögen als solches ist. Hierdurch kann praktisch der Kreis der Berechtigten natürlich größer werden, weil das Schutzobjekt ja viel weiter gefaßt ist, grundsätzlich bestehen aber keine Verschiedenheiten: Der Schaden ist in jedem Falle „dem andern" zu ersetzen. Und dieser andere kann sowohl nach § 823 als auch nach § 826 ein unmittelbar oder mittelbar Geschädigter in obigem Sinne sein, wenn ihm nur aus der unerlaubten Handlung ein Schaden entstanden ist, das Verschulden des Schädigers sich hierauf erstreckt und adäquate Kausalität gegeben ist. Erforderlich ist lediglich, um eine Haftung nach § 823 zu begründen, daß dem mittelbar Geschädigten eins der im § 823 geschützten Rechtsgüter verletzt ist.

Tötet oder verletzt also z. B. jemand ein Kind (vorsätzlich oder fahrlässig) und erleidet auf die Kunde hiervon die Mutter einen Nervenzusammenbruch, so hat die Mutter unmittelbar einen Anspruch nach § 823 Abs. 1, da sie körperlich verletzt ist. Verletzt jemand vorsätzlich einen Schauspieler oder einen pensionsberechtigten Angestellten, um dem Theaterunternehmer oder dem Pensionsverpflichteten Schaden zuzufügen, so haben die letzteren unmittelbar einen Anspruch aus § 826. Erfolgt dagegen die Verletzung nur fahrlässig oder ohne den besonderen die Schädigung umfassenden Vorsatz des § 826, so haben sie keinen Anspruch: Aus § 823 nicht, weil keins der dort geschützten Rechtsgüter verletzt ist — nicht aber deshalb nicht, weil sie nur mittelbar verletzt seien! —, aus § 826 nicht, weil es an dem hierfür erforderlichen Vorsatz fehlt.

Das Ergebnis der bisherigen Untersuchung ist also folgendes: Liegt eine Rückwirkung der unerlaubten Handlung auf das Vermögen einer Person vor, gegen die sich die „äußere, den Schaden verursachende Handlung nicht richtet"[8]), so ist bei Vorliegen der übrigen Voraussetzungen (Kausalität, Verschulden) die Haftung nach § 826 begründet. Liegt dagegen eine Rückwirkung auch auf ein nach § 823 geschütztes Rechtsgut vor, ist die Haftung nach § 823 begründet.

Diese Auffassung gewährleistet einmal eine dem Gesetzeswortlaut am besten gerecht werdende einheitliche Betrachtungsweise der Vorschr. der §§ 823 u. 826 BGB., deren Unterschied, abgesehen von den verschiedenen Schulderfordernissen, allein in der Verschiedenheit der geschützten Güter liegt und erklärt auch weiterhin die angeblichen Ausnahmen der Vorschriften der §§ 844 f. BGB. Denn diese sind nicht Ausnahmen von dem angeblichen Grundsatz, daß nur der Schaden des unmittelbar Geschädigten zu ersetzen sei, sondern dehnen für den Fall der Tötung den Vermögensschutz des § 826 insoweit auf § 823 aus. Denn da es in den Fällen der Tötung regelmäßig an einem für § 826 genügenden Vorsatz fehlen würde und andererseits eine Haftung nach § 823 auch nicht Platz greifen könnte, weil es an einem der dort geschützten Rechtsgüter fehlte, ließe sich nach

[1]) Vgl. u. a. RG. 55, 30; 57, 355; 79, 55 = JW. 1912, 637; 80, 50; 82, 189 = JW. 1913, 862; 92, 404; 97, 89; 138, 2 = JW. 1932, 3711.

[2]) RGRKomm., 1934, § 823 Anm. 11, § 826 Anm. 4; Enneccerus-Lehmann, 1932, § 239; Oertmann, 1929, § 823 Anm. 5; Planck, 1928, Vorbem. 2 vor § 823; Staudinger, 1929, Vorbem. VI zu § 823, § 826 Anm. 4. Dagegen wie hier: Leonhard, Besonderes Schuldrecht, 1931, § 351; Oertelt: DJZ. 13, 800 ff.; Kluckhohn: ArchZivPr. 111, 402 ff.

[3]) Zu dieser Frage, die unter dem Problem des Drittschadens und der Liquidation des Drittinteresses bekannt ist und die hier nicht zur Erörterung steht, vgl. insbes. Reinhardt, Der Ersatz des Drittschadens, 1933.

[4]) Mit Recht betont Oertelt a. a. O.: „Hinsichtlich der Stellung eines Verletzten als unmittelbar oder mittelbar Geschädigten gibt es kein anderes Merkmal als seinen Standort in der Kausalreihe. Insbes. hilft es nichts, den Schuldbegriff für diesen Zweck heranzuziehen."

[5]) RG. 82, 190 f. = JW. 1913, 862.

[6]) RG.: JW. 1931, 1468.

[7]) RGRKomm. § 826 Anm. 4. Ebenso Planck, Vorbem. 2 zu § 823; Oertmann § 823 Anm. 5; RG. 79, 58 f.; Enneccerus-Lehmann § 239; während umgekehrt Staudinger, § 826 Anm. 4, als ersatzberechtigt nur den unmittelbar Geschädigten ansieht.

[8]) Enneccerus-Lehmann S. 810.

diesen Vorschriften ein Anspruch der Unterhalts- oder Dienstberechtigten nicht begründen. Infolgedessen haben §§ 844 f. lediglich die Funktion, bei gewissen Fällen des § 823 (vorsätzliche oder fahrlässige Tötung) auch für einen bloßen Vermögensschaden des dahinterstehenden mittelbar Geschädigten haften zu lassen.

Eine Haftung nach § 823 Abs. 2 ist nur dann begründet, wenn derjenige, dessen Schutz das verletzte Schutzgesetz bezweckt, geschädigt ist. Eine dahinterstehende dritte Person, die von Rückwirkungen dieser Handlung betroffen wird, ohne daß ein auch ihren Schutz bezweckendes Gesetz besteht, ist nicht ersatzberechtigt, da nach § 823 Abs. 2 nur eine Übertretung eines solchen ihre Interessen schützenden Gesetzes schadensersatzpflichtig macht [9]).

Grundsätzlich zu trennen von diesen Fragen sind die Fragen nach Schuld und Kausalität. Ebenso selbständig wie bei den Fällen der Verschuldenshaftung das Vorliegen des subjektiven Tatbestandsmerkmals von Vorsatz oder Fahrlässigkeit zu prüfen ist, ebenso selbständig ist in jedem Falle das Vorliegen der adäquaten Kausalität zu untersuchen. Allerdings kann die Frage nach dem Schaden und Geschädigten nur innerhalb des philosophisch-logischen Ursachenbegriffs i. S. der condicio sine qua non gestellt werden, aber dieser Ursachenbegriff erleidet für das Zivilrecht erhebliche Einschränkungen durch die von der Rechtsprechung des RG. herausgearbeitete Lehre von der adäquaten Verursachung. Es kann also ein Ereignis i. S. jenes Ursachenbegriffs für einen eingetretenen Schaden kausal sein, das es i. S. der adäquaten Verursachung nicht ist. Deshalb ist die Frage, ob ein Schaden entstanden und wer der Geschädigte ist, zunächst innerhalb des naturwissenschaftlichen Ursachenbegriffs vollkommen selbständig zu stellen und dann außerdem zu untersuchen, ob der adäquate Kausalzusammenhang i. S. einer generellen oder erfahrungsgemäßen Herbeiführung eines solchen Erfolges gegeben ist [10]). Dabei ist es vollkommen gleichgültig, ob man diese Kausalität im Fall des mittelbar Geschädigten eine unmittelbare oder mittelbare nennt. Das ist eine reine Frage der Terminologie, ohne grundsätzlich von Bedeutung zu sein, da in jedem Falle die Handlung generell geeignet sein muß, den Enderfolg herbeizuführen, selbst wenn sie zunächst nur eine Vorbedingung des Erfolges auslöst. Tötet also jemand ein Kind und erleiden auf die Kunde hiervon die Mutter und eine Frau X., z. B. eine Nachbarin, einen Nervenzusammenbruch, so sind beide (mittelbar) körperlich geschädigt (vgl. oben). Bei der Mutter des Kindes ist adäquate Kausalität gegeben, bei Frau X. nicht, denn „daß der tödliche Unfall eines Kindes dessen Mutter seelisch heftig erregt, wird als Regel gelten müssen, und daß eine heftige seelische Erregung solcher Art zu einem Nervenzusammenbruch führen kann, der in seinen Wirkungen die Arbeitsfähigkeit beeinträchtigt, ist keinesfalls eine seltene Ausnahme. Damit ist schon der adäquate ursächliche Zusammenhang gegeben“ [11]). Ganz anders aber bei Frau X. Denn daß auf die Kunde von einem tödlichen Unfall auch eine solche Nachbarin einen Nervenzusammenbruch erleidet, liegt vollkommen außerhalb des Rahmens einer generellen Wahrscheinlichkeit, so daß zwar die Mutter, nicht aber Frau X. einen Anspruch aus § 823 Abs. 1 gegen den Verletzer hat.

Ebenso ist bei allen Unfallsachen im Rahmen des RHaftpflG. und KraftfG. zu prüfen, ob die Verletzung „bei dem Betriebe“ einer Eisenbahn oder eines Kraftfahrzeugs geschehen ist (§ 1 HaftpflG., § 7 KraftfG.), was vom RG. für den obigen Fall einer mittelbaren Verletzung mit Recht verneint worden ist. Hierin liegt eine sehr wesentliche Einschränkung der Haftung für die praktisch wichtigsten Fälle der Gefährdungshaftung.

Abschließend zeige noch eine kurze Untersuchung, wie sich die Praxis des RG. zu diesen Fragen stellt. In einer älteren Entscheidung RG. 64, 345 findet sich zwar eine diesen Ausführungen entsprechende Begründung zur Abweisung eines Schadensersatzanspruchs [12]), jedoch wird kurz danach in derselben Entscheidung wie auch in allen früheren und späteren (vgl. Anm. 1), wieder der Grundsatz aufgestellt, daß nur der unmittelbar, nicht der mittelbar Verletzte Schadensersatz fordern kann. Dieser Grundsatz wurde jedoch in dieser Allgemeinheit vor eine schwere Belastungsprobe gestellt [13]), als bei einem Feuerwerk, an dem die Klägerin und ihr Enkel teilnahmen, eine Feuerwerksbombe unter die Zuschauer fiel und den Enkel schwer im Gesicht verbrannte. Infolge der Aufregung über diese Verletzung und das nachfolgende Leiden ihres Enkels erlitt die Kl. einen Nervenzusammenbruch und klagte auf Ersatz des Gesundheitsschadens. Das BG. Hamm wies die Klage ab, weil, wenn die behauptete Schädigung des Nervensystems auch vorhanden sei, sie doch nicht auf die unmittelbare Wirkung der Explosion der Bombe, sondern auf die Verletzung und das nachfolgende Leiden des Enkels der Klägerin zurückzuführen sei... Deshalb sei der Anspruch der Kl. unbegründet. Denn nur der unmittelbar durch die schädigende Handlung oder Unterlassung Betroffene habe — von hier nicht in Betracht kommenden Fällen abgesehen — einen Schadensersatzanspruch gegen den Schädiger. Die Kl. selbst sei durch die schädigende Handlung überhaupt nicht verletzt worden. Es handle sich bei ihr um die mittelbare Schädigung eines Dritten, die erst durch die Schädigung des unmittelbar Betroffenen hervorgerufen und durch sie bedingt sei. — Die Unbilligkeit dieser Entscheidung liegt auf der Hand, aber sie enthält eine konsequente Anwendung des vom RG. aufgestellten Grundsatzes. Und obgleich das RG. dem BG. eine Verkennung des Begriffs des mittelbar Geschädigten vorwirft, gibt es doch im gleichen Atemzuge wieder eine Definition dieses Begriffs (vgl. oben), die haarscharf die Entscheidung des BG. deckt. Somit kann auch das RG. im vorliegenden Fall keine grundsätzliche Lösung geben, sondern ändert den vom BG. festgestellten Tatbestand dahingehend ab, daß die Kl. unmittelbar durch die Explosion der Bombe gesundheitlich verletzt worden sei. „Wenn, wie in vorliegendem Fall, eine Feuerwerksbombe unter die Zuschauer fällt, in unmittelbarer Nähe eines Zuschauers explodiert und Menschen verbrennt, dann ist auch die durch den Schreck hervorgerufene Nervenzerrüttung jenes Zuschauers unmittelbar durch das Explodieren der Bombe verursacht worden...“ Mit dieser Abänderung des Tatbestandes, die allerdings lebensnäher ist als die Annahme des BG., geht das RG. den Schwierigkeiten aus dem Weg und weicht somit einer klaren Stellungnahme aus.

Der entscheidende Schritt wird erst in einer anderen Entscheidung [14]) getan. Hier handelte es sich um einen Unfall, bei dem der Bekl. den Sohn der Kl. tödlich verletzte. Die Kl., die bei dem Unfall selbst nicht zugegen gewesen war, erlitt auf die Kunde hiervon einen Nervenzusammenbruch, für dessen Folgen sie den Bekl. haftbar machen will. Obgleich das RG. auch hier eine mittelbare Verletzung des nach § 823 Abs. 1 geschützten Rechtsgutes der Gesundheit der Kl. annimmt, gibt es der Kl. trotzdem — und zwar mit Recht — einen unmittelbaren Anspruch aus § 823 Abs. 1 BGB.

Hiermit ist der ständig vertretene Grundsatz, daß nur der unmittelbar und nicht der mittelbar Verletzte Schadensersatz beanspruchen könne, erfreulicherweise über Bord geworfen. Maßgebend ist also lediglich, ob (unmittelbar oder mittelbar) eins der in § 823 geschützten Rechtsgüter verletzt ist oder, wenn das nicht der Fall und bloß das Vermögen als solches geschädigt ist, die Voraussetzungen des § 826 oder der §§ 844 f. vorliegen oder ein zugunsten des Geschädigten bestehendes Schutzgesetz übertreten ist. Das RG. kam bis zu den angeführten Entscheidungen lediglich deshalb nicht in Schwierigkeiten, weil in den meisten Fällen einer mittelbaren Verletzung bloß das Vermögen getroffen wird und dieses als solches ja nicht nach § 823 Abs. 1 geschützt ist. Somit entbehrt die ganze grundsätzliche Unterscheidung, ob unmittelbar oder mittelbar Geschädigter, für all die Fälle, in denen es sich darum handelt, ob der Geschädigte einen eigenen Schadensersatzanspruch hat, der inneren Berechtigung. Man mag für die Fälle, in denen ein Verletzter keinen eigenen Schadensersatzanspruch hat, die Bezeichnung mittelbar Geschädigter aufrechterhalten, aber dann ist damit aus dem so oft proklamierten Grundsatz eine Definition des Nicht-Berechtigten geworden: Mittelbar Geschädigter hieße dann der, der nicht aus eigenem Recht ersatzberechtigt ist, wobei dann als weiteres Problem die Frage auftaucht, inwieweit die Schadensbegründung aus der Person eines Dritten möglich ist, ein Problem aber, das hier nicht mehr zur Erörterung steht. Auch für obige Fälle bietet, wie dargelegt, die Unterscheidung keine Erkenntnisquelle im Sinne des so oft aufgestellten Grundsatzes, so daß es auch hier an sich gleichgültig ist, ob man sie beibehält oder aufgibt und alle Ersatzberechtigten als unmittelbar verletzt bezeichnet. Zweckmäßig ist das letztere allerdings nicht, da hierin eine Vermischung von objektiven und subjektiven Tatbestandsmerkmalen liegt. Man sollte die Unterscheidung als objektiven „Standort in der Kausalreihe“ aufrechterhalten und sich darüber klar sein, daß bei Vorliegen der übrigen Voraussetzungen sowohl der unmittelbar wie mittelbar Verletzte schadensersatzberechtigt ist.

Dr. Walter Rieger, Köln.

---

[9]) Vgl. ebenso u. a. RG. 82, 213 = JW. 1913, 877; 92, 404; RGRKomm. § 823 Anm. 15; Enneccerus-Lehmann S. 780.

[10]) Vgl. ebenso RG. 133, 272 f. = JW. 1932, 3708 [5].

[11]) RG. a. a. O.

[12]) „Die Kl. hat zwar dadurch Schaden erlitten, daß nach dem Tode des Vaters die Unterhaltspflicht gegen ihre Kinder auf sie übergegangen ist (§§ 1601, 1606 BGB.); den Ersatz dieses Schadens versagt ihr aber das geltende Recht. Er läßt sich weder aus § 823 Abs. 1 noch aus § 823 Abs. 2 BGB. begründen. Der Kl. ist keines der in Abs. 1 geschützten Rechtsgüter verletzt worden. Das Vermögen gehört dazu nicht, und nur um eine Vermögensbeschädigung durch den Zuwachs der Unterhaltsverbindlichkeit handelt es sich hier...“ Mit Recht stützt an dieser Stelle das RG. seine Ansicht zur Abweisung des Anspruchs lediglich auf die Tatsache, daß weder § 823 Abs. 1 noch § 823 Abs. 2 (wird näher ausgeführt) vorliegt und nicht darauf, ob die Kl. mittelbar oder unmittelbar verletzt ist.

[13]) RG.: JW. 1931, 1468.

[14]) RG. 133, 270 ff. = JW. 1932, 3708 [5].

Nichtigkeit der Verdingungskartelle

Ein weiterer Schritt zur Neuordnung des Kartell- und Wettbewerbsrechts

Laut VO. des Preiskommissars v. 29. März 1935 sind alle Verhandlungen oder Vereinbarungen grundsätzlich unzulässig, die über die Abgabe von Angeboten, über Preisforderungen, Gewinnbeteiligungen, Empfehlungen hinsichtlich der Preisgestaltung bei der Vergebung von öffentlichen Aufträgen getroffen werden. Derartige Vereinbarungen können nur mit Genehmigung der ausschreibenden Behörde Gültigkeit erlangen. Wer ohne Genehmigung solche Abreden trifft, wird mit Geldstrafe in unbestimmter Höhe bestraft.

Damit ist ein für die Gesamtwirtschaft und die Preisgestaltung außerordentlich wichtiges Gebiet in einer dem nationalsozialistischen Rechtsempfinden ebenso wie den Bedürfnissen der Wirtschaft und dem notwendigen geordneten Einsatz aller wirtschaftlichen Kräfte entsprechenden Weise neu geregelt, und diese Regelung ist gleichzeitig von grundlegender Bedeutung für das Kartellwesen überhaupt.

Die Frage der sogenannten „Submissions"- oder Verdingungskartelle war im früheren Rechte stark bestritten. Kartellabreden, auf Grund deren bei dem Ausschreiben von Aufträgen vereinbarungsgemäß die Gebote so gehalten waren, daß einer der Bewerber den Auftrag bekommen mußte und die übrigen Bewerber am Gewinn beteiligt wurden, gab es in den verschiedensten Spielarten — vor allem in den Zweigen der Bauindustrie und des Bauhandwerks. Zum Teil handelte es sich hierbei in der liberalistischen Zeit auch um eine Art von Selbsthilfeaktionen gegenüber einem zu starken Druck der öffentlichen Hand, die damals die Aufträge nicht unter dem Gesichtspunkt des gerechten, sondern des billigsten Preises vergab. Meist waren die Abreden jedoch mit dem Endziel getroffen, im Interesse eines erhöhten Privatgewinns, der nicht auf gesunder kaufmännischer Kalkulation, sondern eben auf der marktbeeinflussenden Abrede aufbaute, die abzugebenden Mindestgebote möglichst hoch zu bemessen.

Die rechtliche Behandlung der Verdingungskartelle war nicht einheitlich. In einigen vor dem Kriege ergangenen Entsch. hatte das RG. „planmäßige Irreführung des Bestellers zwecks Erzielung höherer Preise" als sittenwidrig bezeichnet. Andererseits wurde in einer späteren Entscheidung ausgesprochen, daß an sich Unternehmerabreden mit dem Ziel, durch Abgabe hoher Gebote einem bestimmten Kartellangehörigen den Auftrag zuzuschanzen, noch nicht sittenwidrig sind (RGWarn. 1920 Nr. 74). Die KartVO. v. 2. Nov. 1923 fand auf die Verdingungskartelle naturgemäß Anwendung, enthielt aber keine Bestimmungen über ihre Rechtswirksamkeit. Immerhin war auf Grund der §§ 4 f. ein Eingreifen des RWiM. bei Gefährdung des Gemeinwohls oder der Gesamtwirtschaft möglich. Auch bedurften die Abreden nach § 1 KartVO. der Schriftform. Die Gefahren der Preistreiberei auf dem Gebiete der Bauwirtschaft sollte ferner durch die VO. über Verdingungskartelle v. 9. Mai 1934 beseitigt werden. Alle diese Maßnahmen hatten aber das Prinzip der Verdingungskartelle selbst unangetastet gelassen. Dies ist erst durch die neue VO. des Preiskommissars in der erwähnten Weise geändert, die somit einen Schlußstein unter die bisherige Entwicklung setzt.

RA. Dr. Danielcik, Berlin.

Sonderausschuß zur Regelung von Wettbewerbsfragen der Hauptgemeinschaft des Deutschen Einzelhandels und des Deutschen Industrie- und Handelstags

Gutachten Nr. 1/1934.

(Antrag 28 der 4. Sitzung vom 20. Okt. 1932.)

„1. Dürfen Markenartikel, bei denen der Einzelhändler sich zur Einhaltung bestimmter Verkaufspreise verpflichtet hat, im Falle eines Ausverkaufs gemäß § 7 UnlWG. zu billigeren Preisen verkauft werden als zu den festgesetzten Verkaufspreisen?

2. Wie ist diese Frage für Räumungsverkäufe gemäß § 7 a UnlWG. zu beantworten?"

Gutachten:

Es verstößt nicht gegen das Wettbewerbsrecht, wenn in einem Ausverkauf wegen Aufgabe des Geschäfts oder einer Warengattung Markenware, die durch ein lückenloses Preisbindungssystem geschützt ist, unter dem vorgeschriebenen Preis verkauft wird, sofern der Veranstalter vergeblich versucht hat, die Rücknahme der Bestände oder die Streichung der Aufträge vom Lieferer der Markenware oder die Übernahme der Markenware durch seine Berufsorganisation oder Mitbewerber zu erreichen.

Für Räumungsverkäufe im Sinne des § 7 a UnlWG. gilt dies nicht. In solchen Fällen muß besonders deutlich in der Ankündigung ersichtlich gemacht werden, daß die Markenwaren von der Preisherabsetzung ausgenommen sind.

Begründung:

Es ist allgemein anerkannt, daß Markenartikel sowohl vom Gerichtsvollzieher, der Markenwaren pfändet, wie vom Konkursverwalter, der das Geschäft liquidiert, zur Versteigerung oder zum Verkauf unter den festgesetzten Preisen gebracht werden dürfen. Ebenso besteht andererseits allgemeine Übereinstimmung dahin, daß der Konkursverwalter, der das Geschäft des Schuldners in regelmäßiger Weise fortsetzt, an die Markenpreise gebunden bleibt. Das gleiche hat auch im Vergleichsverfahren zu gelten. Dagegen läßt sich keine einheitliche Meinung für den Fall feststellen, daß ohne Konkurs, sei es im Vergleichsverfahren, sei es außerhalb desselben, ein Ausverkauf veranstaltet wird. Das Einigungsamt der Berliner Industrie- und Handelskammer hat erklärt, der Veranstalter des Ausverkaufs genüge den durch Anstand und Sitte auferlegten Verpflichtungen gegenüber seinen Wettbewerbern, wenn er mit den Lieferanten der Markenartikel wegen Rücknahme verhandelt. Lehne der Lieferant die Rücknahme oder Streichung des Auftrages ab, so liege kein Verstoß gegen den § 1 UnlWG. vor, wenn unter dem Preis verkauft würde. Das Gutachten hat sich, wie sein Wortlaut ergibt, nicht mit der Frage beschäftigt, ob der Ausverkaufende, der unter den festgesetzten Preisen verkauft, nicht etwa seinen Vertragspflichten zuwiderhandelt. Es wird nur verneint, daß eine Zuwiderhandlung gegen das UnlWG. vorliegt. Auch für den Sonderausschuß besteht kein Anlaß, sich unmittelbar mit der Frage der Vertragswidrigkeit des Verkaufs unter dem Markenpreis zu beschäftigen. Sicher ist aber, daß man vom Wettbewerbsstandpunkt aus keinen Unterschied zwischen dem Veranstalter des Ausverkaufs machen kann, der nicht reversgebunden ist und demjenigen, der den Revers gezeichnet hat. Derjenige, der keinen Revers unterschrieben hat, wird nach der herrschenden Auffassung am Verkauf unter dem Markenpreis gehindert, weil er die Vertragswidrigkeit eines Reverszeichners ausgenutzt hat, um die Vertragstreue der übrigen Unterzeichner auszubeuten. Gibt man ihm das Recht, im Ausverkauf unter Preis zu verkaufen, so muß man das gleiche Recht auch dem vertraglich gebundenen Gewerbetreibenden zugestehen.

In der Tat sprechen sowohl rechts- wie wirtschaftspolitische Erwägungen für die Auffassung dieses Gutachtens. Die Geschlossenheit des Reverssystems bildet die Voraussetzung dafür, daß Dritte nicht ohne Verstoß gegen die guten Sitten unter dem Marktpreis verkaufen dürfen. Diese Geschlossenheit bedeutet, wenn auch nicht rechtlich, so doch wirtschaftlich und vom Standpunkt des Anstandes und der guten Sitten aus eine innere Gebundenheit, eine Gemeinschaft der Abnehmer der Markenartikel, die durch den Fabrikanten, den Reversgläubiger, vermittelt, von ihm gewissermaßen als Geschäftsführer der Gemeinschaft gehandhabt wird. Unter diesem Gesichtspunkt müssen aber auch die sonst bei einer Gemeinschaft geltenden erhöhten Rücksichten Platz greifen. So kann es z. B. nicht zweifelhaft sein, daß die Reversgebundenheit aufhört, wenn die Gesamtverpflichtung lückenhaft wird und der mit der Gemeinschaft erstrebte Zweck nicht erreicht wird. Eben deshalb muß es auch den einzelnen Verpflichteten möglich sein, aus wichtigen Gründen aus dieser Gemeinschaft auszuscheiden. Ein solcher wichtiger Grund liegt in der Aufgabe des Geschäfts. Ähnlich wie sonst bei der Auflösung einer Gemeinschaft muß auch hier eine durch die Rücksichten auf die anderen Verpflichteten eingeschränkte Möglichkeit der Lösung der Verpflichtungen bestehen. Eine solche kann in der Tat darin erblickt werden, daß die Waren, an die sich die vertragsmäßige Verpflichtung knüpft, dem Lieferanten als dem Vertreter dieser Gemeinschaft zur Verfügung gestellt werden.

Für eine solche Lösung sprechen aber auch noch praktische Erwägungen. Zunächst würde es dem Ausverkaufenden unmöglich sein, die Markenwaren innerhalb der kurzen Frist, die für Ausverkäufe gesetzlich vorgesehen ist, zum Verkauf zu bringen. Nach Beendigung des Ausverkaufs darf er in den Markenwaren keinen Handel mehr treiben, da § 7 Abs. 4 UnlWG. i. d. Fass. der VO. v. 9. März 1932 eine einjährige Sperre vorsieht. Aus dem Verbot, unter Preis zu verkaufen, würde daher ein völliges Veräußerungsverbot. Andererseits kann von einem Verkäufer der Markenware, der den Markt übersieht, sehr wohl erwartet werden, daß er, wenn eine normale Absatzgelegenheit überhaupt besteht, diese Absatzgelegenheit ausfindig macht.

Endlich darf nicht übersehen werden, daß in den meisten Fällen des Ausverkaufs der Grund in der schlechten wirtschaftlichen Lage des Geschäftsinhabers besteht. Die Behinderung im Verkauf der Markenwaren würde in solchen Fällen geradezu zwangsweise zum Zusammenbruch führen müssen, da dann der Geschäftsinhaber seine Gläubiger nicht befriedigen kann. An den ungenügenden Ausverkauf würde sich der Konkurs oder die Zwangsvollstreckung anschließen, in der ohnehin der Markenpreis nicht aufrechterhalten werden kann. Wird dagegen im Ausverkauf bereits der Verkauf unter Preis gestattet, so wird noch der Vorteil erreicht, daß die

finanzielle Lage des Geschäftsinhabers erhalten bleibt, ohne daß dem Handel größerer Schaden zugefügt wird, als im Fall des Konkurses.

Aus den allgemeinen Erwägungen heraus, aus denen im Falle der Aufgabe des Geschäfts oder der Warengattungen das Recht abgeleitet wird, unter Preis zu verkaufen, ergibt sich zugleich, daß bei Räumungsverkäufen im Sinne des § 7a UnlWG., bei denen also nicht der Geschäftsbetrieb oder die Warengattung aufgegeben wird, der Inhaber von der Innehaltung der Markenpreise nicht befreit wird. In diesem Fall will der Gewerbetreibende, um bei dem oben erwähnten Bild zu bleiben, in der Gemeinschaft der Markenwarenverkäufer verbleiben, so daß ein Anlaß, ihn von den Verpflichtungen der Gemeinschaft zu entbinden, fehlt. Freilich wird bei den Ankündigungen des Räumungsverkaufs mit besonderer Deutlichkeit ersichtlich gemacht werden müssen, daß die Markenartikel in den Räumungsverkauf nicht einbezogen sind. Insbes. wird auch der Gefahr vorgebeugt werden müssen, daß durch den schlagwortartigen Charakter, der in der Bezeichnung der Veranstaltung als eines Räumungsverkaufs liegt, die Veranstaltung auch auf die Markenwaren bezogen wird. Die Hervorhebung der Ausnahme für Markenartikel muß also ganz besonders deutlich sein.

Im Ergebnis bedeutet die Einschränkung des Preiszwanges, wie sie hier dargelegt ist, keine wesentliche Erschütterung des Marktes. Weder die Konkurse und die Zwangsvollstreckungen noch die Ausverkäufe werden, wenigstens in der Regel, irgendwie in Betracht kommende Mengen auf den Markt bringen, die unter Preis verkauft werden. Wenn freilich ein Konkurs oder auch ein Ausverkauf oder eine Versteigerung ein ganz besonders großes Geschäft betrifft, so daß durch die infolgedessen veräußerten Werte der Markt und damit der Markenpreis erschüttert werden könnte, wird es allerdings Aufgabe der Firma sein, die für die Durchführung des Markenpreises, für die Aufrechterhaltung der Gemeinschaft zu sorgen hat, die auf diese Weise zum Verkauf gelangenden Warenmengen aufzufangen. Die Erfahrungen lehren, daß dieses Bedürfnis in der Tat bei großen Ausverkäufen unter allen Umständen besteht und zum Teil auch von allen Beteiligten anerkannt wird.

Gutachten Nr. 2/1934.

(Antrag 1 der 1. Sitzung vom 23. März 1934.)

„Darf ein selbständiger Einzelhändler, der in einem dauernden Bezugsverhältnis zu einem anderen Unternehmen steht, unter Hintansetzung seines Namens oder seiner handelsregisterlich eingetragenen Firmenbezeichnung die Firma, zu der er in einem solchen Abhängigkeitsverhältnis steht, in besonderer Weise hervorheben, so daß die eigene Geschäftsbezeichnung dadurch in den Hintergrund tritt?"

Gutachten:

Es verstößt sowohl gegen gewerbe- oder firmenrechtliche als auch gegen wettbewerbsrechtliche Bestimmungen, wenn ein selbständiger Einzelhändler, der in einem dauernden Bezugsverhältnis zu einem anderen Unternehmen steht, unter Hintansetzung seines Namens oder seiner handelsregisterlich eingetragenen Firmenbezeichnung die Firma, zu der er in einem solchen Abhängigkeitsverhältnis steht, in besonderer Weise hervorhebt, so daß die eigene Geschäftsbezeichnung dadurch in den Hintergrund tritt.

Begründung:

Der selbständige Einzelhändler darf ein Gewerbe nur unter seinem bürgerlichen Namen oder der ihm zukommenden Firma betreiben. Der im § 18 HGB. verankerte Grundsatz der Firmenwahrheit fordert, daß in der Firmenbezeichnung eines Einzelkaufmanns klar zum Ausdruck kommt, wer Inhaber der Firma ist. Der Firma eines Kaufmanns darf daher auch kein Zusatz beigefügt werden, der geeignet ist, eine Täuschung über die Art oder den Umfang des Geschäftes oder die Verhältnisse des Geschäftsinhabers herbeizuführen. In Übereinstimmung mit diesen firmenrechtlichen Vorschriften sieht § 15a RGewO. im Interesse der Sicherheit des Verkehrs und zum Schutz vor Täuschungen vor, daß Gewerbetreibende, die einen offenen Laden haben, verpflichtet sind, ihren Familiennamen mit mindestens einem ausgeschriebenen Vornamen an der Außenseite oder am Eingang des Ladens in deutlich lesbarer Schrift anzubringen. Das gleiche Ziel verfolgen die Bestimmungen der §§ 3 und 4 UnlWG., die untersagen, über geschäftliche Verhältnisse unrichtige Angaben zu machen, die, sofern sie nicht wissentlich unwahr, zum mindesten geeignet sind, den Anschein eines besonders günstigen Angebots hervorzurufen.

Bedient sich ein Einzelhändler bei der Kennzeichnung seines Geschäfts des Hinweises auf ein anderes Unternehmen, so muß er, insbes. wenn er mit diesem auf Grund eines Warenbezugsverhältnisses in enger Beziehung steht, alles vermeiden, was in der Öffentlichkeit den Anschein erwecken könnte, daß es sich bei dem Einzelhandelsgeschäft um eine Verkaufsstelle jener Lieferfirma handelt. Der rechtlich unabhängige Geschäftsinhaber darf deshalb als freier Gewerbetreibender sein Verhältnis zu einer Lieferfirma nicht durch irgendwelche, eine Abhängigkeit andeutende Bezeichnungen, wie „Filiale" oder „Zweigniederlassung" kennzeichnen. Er darf ferner Bezeichnungen wie „Niederlage von XY" oder ähnliche, auf einen eigenen Betrieb oder eine Lagerhaltung der Lieferfirma hindeutende Bezeichnungen nicht in einer Form mitteilen, die seine eigene Geschäftsbezeichnung mehr oder weniger zurücktreten oder verschwinden läßt.

Wahrheit und Klarheit im Wettbewerb fordern vielmehr, daß der Name bzw. die Firma des Gewerbetreibenden unzweideutig als Hauptsache mitgeteilt und erkannt werden, nicht aber irrtümlicherweise die Verkaufsstelle als Filialbetrieb des neben dem Namen oder der Firma des Geschäftsinhabers genannten Unternehmens angesehen werden kann. Denn die Öffentlichkeit ist geneigt, auch in denjenigen Fällen, in denen tatsächlich ein solches Filialverhältnis nicht vorliegt, derartige aus einem Bezugsverhältnis herrührende Hinweise allzuleicht in dem Sinne aufzufassen, daß es sich um einen Zweigbetrieb der betreffenden Lieferfirma handelt, es sei denn, daß die Verkehrsauffassung gewisse gewerbsübliche nicht mit einem Firmengebrauch verwechselbare Werbehinweise auf bestimmte Erzeugnisse, insbes. auf Markenwaren, unmißverständlich aufzunehmen gewöhnt ist.

Gutachten Nr. 3/1934.

(Antrag 3 der 1. Sitzung vom 23. März 1934.)

„Verstößt es gegen die guten kaufmännischen Sitten, wenn ein Kaufmann marktgängige Ware, die er dauernd führt und unter Berücksichtigung des üblichen Aufschlages zu angemessenem Preis laufend verkauft, vorübergehend im Preis herabsetzt und ankündigt? Macht es einen Unterschied, wenn in der öffentlichen Ankündigung darauf hingewiesen wird, daß die Preisfestsetzung befristet vorgenommen ist?"

Gutachten:

Es ist *in der Regel* mit den guten kaufmännischen Sitten nicht vereinbar, marktgängige — laufend geführte — Ware, die ursprünglich unter Berücksichtigung des üblichen Aufschlages ausgezeichnet und verkauft wurde, *vorübergehend* im Preis herabzusetzen und auf den verbilligten Preis durch öffentliche Ankündigung hinzuweisen. Dabei ist es gleichgültig, ob der Verbraucher aus der Ankündigung ersehen kann, daß die Preisherabsetzung befristet ist.

Besondere Umstände können im Einzelfall eine Ausnahme rechtfertigen.

Begründung:

Das geschilderte Verfahren täuscht den Verbraucher über die Leistungsfähigkeit des Geschäftes. Alle Wettbewerber werden unter dem Zwang der Konkurrenz bemüht sein, die Preise für ihre Waren so niedrig wie möglich zu halten. Wenn jedoch ein Kaufmann vorübergehend bestimmte Waren im Preis herabsetzt und nach einiger Zeit wieder zu dem früher geforderten Preis zurückkehrt, so beweist er damit, daß er nicht die niedrigstmögliche Kalkulation bei den sonst von ihm geforderten Preisen anwendet. Er verkauft nämlich einen Teil seiner Waren mit einem geringeren als den von ihm in der Regel gewählten Aufschlag. Dies setzt voraus, daß er bei seiner normalen Kalkulation höhere Aufschläge nimmt, als es bei einer durchgängig gleichmäßigen Kalkulation notwendig wäre. Ein solches Verfahren stellt eine besondere Form des Lockvogelangebots dar, die wegen der Gefahr der Täuschung des Publikums unzulässig ist.

Ist dieses Verfahren aus den dargelegten Gründen auch schon dann unzulässig, wenn das Angebot befristet erfolgt, so ist eine noch stärkere Täuschung des Käufers gegeben, wenn die Befristung der Preisherabsetzung aus der öffentlichen Ankündigung nicht hervorgeht. Es kommt nämlich dann hinzu, daß der Käufer unter dem Eindruck steht, die herabgesetzten Preise gelten für die Dauer, während in Wirklichkeit nach kurzer Zeit die ursprünglich höheren Preise wieder in Kraft treten. Dem Verbraucher wird somit ein falsches Bild über die Preisstellung vorgespiegelt; die wahre Preisstellung die für die Dauer bestimmt ist, wird ihm bewußt verheimlicht.

Gutachten Nr. 4/1934.

(Antrag 4 der 1. Sitzung vom 23. März 1934.)

„Ist es vom wettbewerblichen Standpunkt aus zulässig, bei der *Ankündigung* von Waren, für die eine *Mengenangabe* auf der *Packung* gesetzlich vorgeschrieben ist, die Mengenangabe fortzulassen?"

Gutachten:

Wird der Verkauf verpackter Waren, für die eine Mengenangabe auf der Packung gesetzlich *vorgeschrieben* ist, öffent-

lich **angekündigt**, so muß, unabhängig von dieser gesetzlichen Vorschrift, vom wettbewerblichen Standpunkt aus grundsätzlich verlangt werden, daß die in der Packung enthaltene Warenmenge auch in der öffentlichen **Ankündigung** angegeben wird.

Begründung:

Der Gesetzgeber hat in einigen Bestimmungen eine genaue Kennzeichnung von Waren vorgeschrieben und verlangt u. a. insbes. bei einer Reihe von Waren die Angabe des mengenmäßigen Inhalts auf der Packung (z. B. VO. über die äußere Kennzeichnung von Lebensmitteln v. 29. Sept. 1927 und VO. nach § 11 UnlWG.). Der Grund für diese Maßnahmen liegt darin, daß vielfach bei den betreffenden Waren eine für die Verbraucher nicht oder nur schwer erkennbare Verkleinerung der sonst üblichen Mengeneinheiten vorgenommen worden ist, die zur Irreführung Anlaß gibt.

Diese Bestimmungen beschränken den Kennzeichnungszwang auf die Packungen oder sonstigen Behältnisse. Bei anderen öffentlichen Ankündigungen, wie Schaufensterplakaten, Zeitungsanzeigen, Werbeblättern usw., bestehen aber dieselben Bedenken, die den Anlaß zu den bezeichneten Vorschriften gebildet haben. Für ihre Beurteilung kommt das UnlWG. in Betracht. Zwischen den Sondervorschriften über den Kennzeichnungszwang und dem UnlWG. (vor allem §§ 3, 4) besteht ein unmittelbarer Zusammenhang insofern, als beide dem Grundsatz der Wahrheit und Klarheit in der Werbung Geltung verschaffen wollen. Dies Ziel würde nicht erreicht, wenn in den Fällen, in denen ein Kennzeichnungszwang auf der Packung besteht, bei anderen öffentlichen Ankündigungen von der Kennzeichnung des mengenmäßigen Inhalts abgesehen werden könnte. Aus dem Umstand, daß in bestimmten Fällen ein Kennzeichnungszwang eingeführt worden ist, ergibt sich vielmehr, daß hier die Gefahr einer Irreführung besonders groß ist. In solchen Fällen muß deshalb auch auf Grund der Vorschriften des UnlWG. der Inhalt der Packungen in allen öffentlichen Ankündigungen kenntlich gemacht werden. Eine Ankündigung ohne Mengenangabe wird nur in den verhältnismäßig seltenen Ausnahmefällen gerechtfertigt sein, in denen mit Sicherheit angenommen werden kann, daß der Verbraucher die in der Packung enthaltene Menge genau kennt und insofern seine Irreführung ausgeschlossen ist.

Gutachten Nr. 5/1934.

(Antrag 7 der 2. Sitzung vom 3. Okt. 1934.)

„Ist es zulässig, in öffentlichen Ankündigungen niedrigste Spitzenpreise vor den anderen höheren Preisen durch Fettdruck oder größeren Druck besonders hervorzuheben?"

Gutachten:

Die Hervorhebung des niedrigsten Spitzenpreises in Ankündigungen durch Fettdruck oder eine besondere Druckanordnung ist dann unzulässig, wenn der dadurch hervorgerufene Gesamteindruck der Ankündigungen offensichtlich geeignet ist, über die höheren Preise hinwegsehen zu lassen. Hierbei genügt es, wenn nur ein Teil der Leser bei flüchtiger Betrachtung zu einer unrichtigen Ansicht über die Preisbemessung der angebotenen Waren gelangen muß.

Begründung:

Grundsätzlich kann es einem Werbungtreibenden nicht verwehrt werden, auf besondere Spitzenleistungen in seiner Werbung betont hinzuweisen. Wenn dies in Inseraten oder sonstigen Druckankündigungen im Wege der Hervorhebung durch Fettdruck oder einer besonderen, augenfälligen Druckanordnung gegenüber den anderen gleichzeitig angekündigten Preisen geschieht, kann eine solche Werbemaßnahme jedoch insofern zu einer Täuschung der Verbraucher führen, als diese dadurch veranlaßt werden können, über die mitangekündigten höheren Preise hinwegzulesen. Es liegt im Wesen aller auf die Wirkung auf das Auge berechneten gedruckten Ankündigungen, daß sie das Wichtigste und Entscheidende aus den Angeboten des Werbungtreibenden herausheben und daß in ihnen einzelne Worte das ganze beherrschen. Es liegt also nahe, daß die Leser sich regelmäßig mit der Erfassung der durch Fettdruck oder eine besondere Druckanordnung auf außergewöhnliche Weise hervorgehobenen Worte begnügen und diese vielfach allein im Gedächtnis der Leser haften. Wenn im Einzelfall Spitzenpreise durch Fettdruck u. dgl. so stark hervorgehoben werden, daß die Aufmerksamkeit der Leser offensichtlich vor allem auf den niedrigsten Preis gelenkt wird und sie bei der üblichen flüchtigen Betrachtung zu dem Eindruck gelangen müssen, ihnen werde zu diesem niedrigsten Preis eine qualitativ wertvollere Ware geliefert, so liegt eine Irreführung über die Preisbemessung im Geschäft des Ankündigenden vor. Eine solche irreführende Ankündigung ist unlauter und unzulässig. Wird ein derartiger Eindruck jedoch trotz der Hervorhebung der Spitzenpreise vermieden, so ist diese nicht zu beanstanden.

Gutachten Nr. 6/1934.

(Antrag 8 der 2. Sitzung vom 3. Okt. 1934.)

„Ist die Preisankündigung ‚nur 4,50 *RM*', ‚nur 11 *RM*' usw. auch dann zulässig, wenn die mit dem Wort ‚nur' angekündigten Preise den allgemein üblichen Marktpreisen entsprechen?"

Gutachten:

Die Verwendung des Wortes „nur" in Verbindung mit Preisen, die erheblich unter den allgemein üblichen Preisen liegen, ist in der Regel unzulässig.

Begründung:

Unzweifelhaft empfindet der überwiegende Teil der Verbraucher einen Hinweis auf die relative Höhe einer Preisstellung als einen Vergleich mit den Preisen der Wettbewerber. Der Zusatz des Wortes „nur" zu einer Preisangabe wird deshalb in der Regel als ein gegenüber den Wettbewerbern besonders vorteilhaftes Angebot gedeutet. Liegen also diese mit dem Worte „nur" bezeichneten Preise nicht erheblich unter dem allgemein üblichen, liegt ein Verstoß gegen die Forderung nach größtmöglicher Klarheit und Wahrheit in der Werbung vor.

Andererseits hat der Kaufmann selbstverständlich das Recht, gegebenenfalls auf die Tatsache einer allgemeinen (z. B. konjunkturellen oder saisonmäßigen) Preissenkung oder auf die geringe Höhe der allgemein üblichen Marktpreise seiner Ware hinzuweisen. Die Verwendung des Wortes „nur" ist hierbei nicht ausgeschlossen, sofern die Ankündigung zweifelsfrei als ein Hinweis auf die niedrige Preisstellung der Gesamtheit der Wettbewerber aufzufassen ist.

Gutachten Nr. 7/1934.

(Antrag 9 der 2. Sitzung vom 3. Okt. 1934.)

„Ist es mit den guten Sitten im Einzelhandel vereinbar, wenn Firmen unaufgefordert Verbrauchern sogenannte **Kundenausweise** zusenden und in ihnen die Einräumung eines Kredits anbieten?"

Gutachten:

Es verstößt gegen die guten Sitten, Verbrauchern, von denen noch gar nicht bekannt ist, ob sie gegen bar kaufen wollen oder können, in dieser Form Kredit geradezu aufzudrängen.

Begründung:

Wenn auch im Einzelhandel der Verkauf gegen bar aus volkswirtschaftlichen Gründen mit allen Mitteln zu fördern ist, so ist auch gegen den Kreditverkauf nichts einzuwenden, wenn er sich auf wichtige größere Anschaffungen von Gebrauchsgütern beschränkt. Wenn hierauf ein Kaufmann in seinen Ankündigungen hinweist, so bestehen dagegen an sich keine Bedenken. Wenn jedoch ein Einzelhändler sogenannte **Kundenausweise** unaufgefordert an Verbraucher schickt, von denen er noch gar nicht weiß, ob sie nicht gegen bar ihre Einkäufe vornehmen werden, so entspricht eine **derartige** Werbemethode, die nicht in erster Linie für die Ware selbst, sondern für das Kreditgeschäft wirbt, nicht den im kaufmännischen Verkehr geltenden Gepflogenheiten. Ein solches Geschäftsgebaren, das zum Kreditnehmen reizt, ja den Kredit geradezu aufdrängt, ist geeignet, viele Volksgenossen in unnötige Schulden zu stürzen, in Bedrängnis zu bringen und damit die wirtschaftlichen Verhältnisse zu zerrütten. Ein derartiges Verfahren ist daher als sittenwidrig anzusehen.

Bemerkung zu Gutachten 1/1934.

Dem Gutachten ist im Ergebnis beizustimmen. Seine Begründung ist besonders interessant, weil hier eine notwendige und der Rechtsauffassung entsprechende Lösung auf einem „wirtschaftlichen Umweg" gefunden wird, der sich praktisch als Fortbildung nationalsozialistischen Wirtschaftsrechts erweist und gleichzeitig im Gegensatz zu früheren kartellrechtlichen Entscheidungen steht.

Das Gutachten faßt die durch das Reverssystem Verbundenen als Gemeinschaft auf. Mit Recht! Denn es handelt sich hier tatsächlich um eine Wirtschaftsgemeinschaft mit marktregelnder Tendenz. Das Gutachten betont, daß dem jedoch nur wirtschaftlich, nicht rechtlich so sei. Es will sich offenbar nicht zu der Auffassung des RG.: RGZ. 133, 331 f., in Gegensatz stellen, wonach Reversverträge dieser Art nicht unter die KartVO. fallen; deshalb macht es diesen Unterschied von rechtlicher und wirtschaftlicher Auffassung. Und trotzdem kommt es rechtlich zu dem gleichen Ergebnis, das sich bei Anwendung der KartVO. ergeben würde: Der Reversvertrag umschließt eine marktregelnde Gemeinschaft — die Gemeinschaft muß aus wichtigem Grunde kündbar sein — Geschäftsauflösung ist wichtiger Grund! Angesichts dieser Begründung ist die Frage aufzuwerfen, ob nach heutigem Rechte das

Reversystem nicht als Kartell im Sinne der KartVO. aufzufassen ist. Denn man kann heute keinen Unterschied mehr zwischen Recht einerseits und Standpunkt des Anstandes, der guten Sitten, der wirtschaftlichen Notwendigkeiten (vom Gemeinwohl aus betrachtet) anderseits machen! Es ist undenkbar, daß heute eine Konstruktion rechtens ist, die dem Anstand usw. widerspricht.

Die Folge? Die bisherige — übrigens keineswegs unbestrittene Auffassung des RG., nach der nur Verbandspreisbindungen, nicht aber autonome Bindungen unter die KartVO. fallen, entspricht nicht mehr dem heutigen Recht — oder das Gutachten ist unzutreffend. Das letztere ist m. E. aus den in der Begründung aufgeführten Gründen nicht der Fall. Also bleibt nur die erste Lösung.

Was führt nun das RG. für die gegenteilige Meinung an: Zunächst Entstehungsgeschichte und Motive des damaligen Gesetzgebers, die für das Recht des Dritten Reiches in keiner Weise maßgebend sind. Sodann die kartellrechtlichen Folgerungen (Anwendung der § 1, 8, 9), die gleichfalls nicht durchschlagen und zudem heute teilweise durch die Preisgesetzgebung neu gestaltet sind. Schriftform und fristlose Kündigung kann beim Reversvertrag bejaht werden, ohne daß sich bei wahrhaft nationalsozialistischer Rechtsprechung und Handhabung der Preisüberwachung Schwierigkeiten ergeben. Ebenso ist nicht einzusehen, warum die Sperrbestimmungen der KartVO. nicht zur Anwendung gelangen sollen, wenn autonome Bindungen vorliegen, wohl aber, wenn es sich um Verbandsfirmen handelt. Die vom RG. (a. a. O. S. 335) angeführte „Menge von Einzelverträgen“ kann hier wie dort gegeben sein.

Näheres über diese Frage auszuführen ist hier nicht der Platz. Fest steht jedenfalls 1. die Richtigkeit des Gutachtens, 2. die sich daraus ergebende Rechtsfolge.

Bemerkung zu Gutachten 2/1934.

Dem Gutachten ist zuzustimmen. Die Hervorhebung der Lieferfirma steht tatsächlich im schärfsten Widerspruch zu den Erfordernissen der Firmenwahrheit und Firmenklarheit.

Bemerkung zu Gutachten 3/1934.

Dieses Gutachten stellt eine allgemeine Regel auf, während es m. E. immer auf den einzelnen Fall ankommen muß. Auszugehen ist vom „gerechten Preis“, d. h. dem Preise, der sich unter Zugrundelegung der Unkosten zuzüglich einer angemessenen Unternehmergewinnspanne und unter Berücksichtigung der Belange des Volksganzen ergibt. Für den behandelten Fall sind drei Möglichkeiten denkbar:

1. Der ursprüngliche Preis ist angemessen. Die vorübergehende Herabsetzung geht unter die erforderliche Preisfestsetzung, z. B. unter die Selbstkosten; es handelt sich um ein „Lockvogelangebot“, bei dem die Voraussetzungen des Schleuderns, d. h. des Verkaufs der Ware „unter Preis“, vorliegen. Hier ist ein Verstoß gegen das UnlWG. wohl stets gegeben. Dieser Fall wird offenbar im Gutachten als Regelfall angesehen.

2. Der ursprüngliche Preis liegt innerhalb der Spanne der Angemessenheit („angemessen“ ist stets ein dynamischer, nie ein starrer Begriff), der herabgesetzte Preis gleichfalls. Solche Fälle sind denkbar. Dann liegt aber m. E. niemals ein Verstoß gegen das UnlWG. vor; denn innerhalb der Spanne der Angemessenheit muß der Verkäufer frei sein. Maßgebend dafür ist, daß der Verkäufer auch bei dem niedrigeren Preis auf seine Kosten kommt, und daß möglicherweise Umstände vorhanden sind, z. B. besondere Gewinne bei anderen geschäftlichen Transaktionen, die eine zeitweilige Preisherabsetzung rechtfertigen.

3. Der ursprüngliche Preis ist gemessen an den Herstellungskosten usw. unangemessen hoch, wird aber trotzdem genommen, weil Konkurrenzware nicht oder nicht ausreichend vorhanden ist. Er wird vorübergehend — etwa zur Bekämpfung von Außenseitern — herabgesetzt in einer Weise, bei der der Verkäufer gleichfalls auf seine Kosten kommt. Auch hier liegt kein Verstoß gegen das UnlWG. vor, wohl aber bei dem ursprünglichen Preis ein Verstoß gegen den Grundrechtssatz: „Gemeinnutz vor Eigennutz“ und möglicherweise ein Verstoß gegen die Preisgesetzgebung.

Dagegen kann der Ausgangspunkt des Gutachtens („alle Wettbewerber werden ... bemüht sein, die Preise für ihre Waren so niedrig wie möglich zu halten“) nicht immer als zutreffend angesehen werden, und zwar weder wirtschaftlich noch rechtlich. Denn wirtschaftspolitisch würde es eine völlig „freie“ Wirtschaft voraussetzen, die wir nicht haben; rechtlich würde es dazu führen, daß auf Umwegen eine Rechtspflicht der Wettbewerber begründet würde, den niedrigsten Preis zu nehmen.

Bemerkung zu Gutachten 4/1934.

Dem Gutachten ist beizustimmen.

Bemerkung zu Gutachten 5 und 6/1934.

Diese Gutachten entsprechen der herrschenden Rechtsauffassung (vgl. RGZ. 92, 380).

Bemerkung zu Gutachten 7/1934.

Auch diesem Gutachten ist voll beizustimmen.

RA. Dr. Hans Peter Danielcik, Berlin.

Der internationale Filmkongreß in Berlin und das Urheberrecht

Der Internationale Filmkongreß in Berlin vom 26. April bis 1. Mai 1935, dessen glänzender Verlauf durch die Tagespresse hinreichend gewürdigt ist, hat, wie der Präsident der Reichsfilmkammer, RA. Dr. Scheuermann, in seiner Eröffnungsrede hervorgehoben hat, der Frage des Urheberrechts sein besonderes Interesse gewidmet. „Die am Film künstlerisch und wirtschaftlich schaffenden Kräfte stehen vor einer internationalen Rechtsregelung in der Staaten-Konferenz zu Brüssel 1936, die für die Weiterentwicklung des Tonfilms Segen oder Unsegen bringen kann. Eine einheitliche Stellungnahme der ganzen Filmwelt kann unseres Erachtens auf die am internationalen Urheberrecht interessierten Vertragsstaaten nicht ohne Eindruck hinsichtlich der rechtlichen Notwendigkeit für die Weiterentwicklung des Tonfilms bleiben. Eine solche Stellungnahme scheint aber ohne Aufschub erforderlich.“ So führte Scheuermann wörtlich aus, und er hat völlig recht. So nimmt es auch nicht wunder, daß der erste Ausschuß dieses internationalen Filmkongresses der Erörterung der urheberrechtlichen Probleme, insbes. der Revision der rev. Berner Übereinkunft zum Schutze der Werke der Literatur (RBü.) gewidmet ist.

An dieser Ausschußsitzung nahmen belgische, finnländische, französische, großbritannische, österreichische, polnische, schwedische, schweizerische und spanische Delegierte teil. Auf deutscher Seite waren v. Boehmer, Corell, Egberts, Hoffmann, Kopsch, Roeber anwesend.

Die Beratungen galten zunächst dem Ergebnis des Pariser Kongresses der Filmproduzenten (Febr. 1935); vgl. Ufita VIII (1935), 245. Dieses Ergebnis wurde im Ausschuß und später auch im Plenum des Kongresses einstimmig bestätigt. Es fordert in den im Art. 2 RBü. enthaltenen Katalog der geschützten Werke die Aufnahme des Filmkunstwerkes und wünscht bei der Regelung des Urheberpersönlichkeitsrechts (Art. 6b) den Zusatz „Der Schadensersatz für eine Verletzung des Urheberpersönlichkeitsrechts kann nicht in einer Form gewährt werden, die die Interessen derjenigen schwer beeinträchtigt, denen der Urheber das Verwertungsrecht an seinen Werken übertragen hat“. Mit dieser Bestimmung ist eine Grenze gezogen worden, die die berechtigten Interessen der Autoren schützt, daneben aber die Interessen der Verwerter nicht beeinträchtigt. Und da diese Bestimmung auch von der rein autorenfreundlich eingestellten Association littéraire et artistique intern. in Montreux im Febr. 1935 (vgl. Ufita VIII [1935], 240) gutgeheißen worden ist, steht zu hoffen, daß diese Ausgleichsvorschrift in die RBü. aufgenommen wird.

Sehr lebhaft war die Aussprache über die Regelung des Filmurheberrechts (Art. 14 RBü.), an der sich insbes. von franz. Seite RA. Levêques und Castor, der poln. RA. Korel und von deutscher Seite Hoffmann, Kopsch und Roeber beteiligten. Von deutscher Seite war entsprechend dem Ergebnis der Pariser Besprechung gefordert worden, daß die vom Urheber eines Werkes übertragene Verfilmungsbefugnis nicht nur das Recht der Herstellung eines Tonfilms, sondern auch das Recht zu dessen Vorführung und damit zur Aufführung der Tonfilmmusik im Rahmen des Tonfilms einschließt. Levêques hielt dies für praktisch notwendig, glaubte dann aber darin eine Änderung des urheberrechtlichen Systems zu erblicken, während Hoffmann darauf verwies, daß grundsätzlich die Autorisation zur Bearbeitung dem Bearbeiter die positive Verwertungsbefugnis an seiner Bearbeitung, somit ein volles Urheberrecht gebe, so daß das für den Tonfilm geforderte lediglich eine Anwendungsform jenes herrschenden Grundsatzes sei. Korel wies auf Art. 50b des neuen poln. UrhRG. (vom Jahre 1935) hin, nach dem eine gesetzliche Vermutung dafür spricht, daß die Parteien des Verfilmungsvertrages dem Filmhersteller das Vollrecht der Bearbeitung und filmischen Wiedergabe übertragen wollen.

Von schweizerischer und großbritannischer Seite wurde auf die Wichtigkeit einer scharfen rechtlichen Scheidung zwischen Tonfilm und mechanischem Musikwerk hingewiesen. Die von Lang (Zürich) vorgelegte Eingabe an den Schweizer Bundesrat zur Revision der RBü. fand allgemeinen Beiklang.

Der Vorschlag der Pariser Konferenz, im Art. 14 Abs. 1 RBü. den Zusatz aufzunehmen, daß die Autorisation, ein geschütztes Werk zu verfilmen, die Verbreitung und öffentliche Tonwiedergabe des im Filmkunstwerk bearbeiteten Werkes umschließt, fand dann Zustimmung.

Es war nicht zuletzt der überlegenen Führung der Beratungen durch den Vorsitzenden des Ausschusses Lussiez (Paris) zu danken,

daß alle Beschlüsse einstimmig erfolgten, so daß die einmütige Rechtsüberzeugung aller am Filmurheberrecht interessierten Kongreßteilnehmer hierdurch überzeugenden Ausdruck fand.

RA. Dr. Willy Hoffmann, Leipzig.

Das Schweizerische Bundesgesetz über die Banken und Sparkassen

Die verschiedenen großen Bankzusammenbrüche und die schweren Schädigungen des Anlagekapitals durch verfehlte Anlagepolitik verschiedener Schweizer Banken führten zum Erlaß dieses Ges. v. 8. Nov. 1934 nebst VollziehungsVO. v. 26. Febr. 1935, das am 1. März 1935 in Kraft getreten ist. Laut Botschaft des Bundesrats v. 2. Febr. 1934 soll die Sicherheit der Bankgläubiger durch Vorschriften über eine richtige innere Organisation mit Verpflichtung der Veröffentlichung nach einem klaren und übersichtlichen Schema aufgestellter Rechnungen und Bilanzen, durch erhöhte Verantwortung der Verwaltungsorgane und durch strenge fachmännische Kontrolle erreicht werden.

Wegen dieses Schutzzweckes sind nur die Banken, Privatbankiers und Sparkassen sowie diejenigen bankähnlichen Finanzgesellschaften dem Gesetze unterstellt, die sich öffentlich zur Annahme fremder Gelder empfehlen, d. h. gemäß Art. 3 VV., wenn die Empfehlung durch die Presse, durch Rundschreiben an Personen, die nicht zur Kundschaft gehören, oder durch sonstige Auskündigung in den Schaufenstern oder außerhalb der Geschäftsräume verbreitet wird. Unternehmen, welche dem Gesetz nicht unterstehen, dürfen den Ausdruck „Bank" oder „Bankiers" in keiner Weise verwenden. Im Zweifel entscheidet die durch das Gesetz geschaffene Eidg. Bankenkommission aus mit dem Bankfach oder der Technik der Bankenrevision vertrauten Sachverständigen, die weder Präsident, Vizepräsident oder Delegierter der Verwaltung noch Mitglied der Geschäftsleitung einer Bank oder Revisionsstelle sein dürfen. Verwaltungsgerichtsbeschwerde an das BundG. bleibt vorbehalten. Das Gesetz findet auch sinngemäß Anwendung auf die von ausländischen Banken in der Schweiz errichteten Sitze, Zweigniederlassungen und Agenturen, sowie auf die in der Schweiz tätigen Vertreter ausländischer Banken. Vorbehalten die Bestimmungen der Handels- und Niederlassungsverträge wird der Bundesrat die Ausübung der Geschäftstätigkeit ausländischer Banken nach Anhörung der Bankenkommission von besonderen Bedingungen abhängig machen, so von der Gewährung des Gegenrechts durch den Sitz-Staat oder von der Leistung einer Sicherheit. Da sich diese gedrängte Inhaltsangabe in erster Linie an den praktizierenden Anwalt richtet, kann über die innere Organisation nur bemerkt werden, daß durch Prüfung der Statuten, Reglemente und Gesellschaftsverträge durch die Bankenkommission sachgemäße Trennung der Geschäftsführung und Überwachung derselben und Einhaltung des Geschäftszwecks erreicht werden soll. Eingehende Vorschriften bestimmen sodann das angemessene Verhältnis der eigenen Mittel zu den gesamten Verbindlichkeiten und den greifbaren Mitteln und leicht verwertbaren Aktiven einerseits und den kurzfristigen Verbindlichkeiten andererseits. Für richtige Abfassung der Jahresrechnungen und Bilanzen sorgen eingehende Bestimmungen der VollziehungsVO. in Ergänzung der Bestimmungen des Obligationenrechts (OR.) Art. 656 über die Bilanzen der Aktiengesellschaften, die auf alle Banken zur Anwendung zu kommen haben; erwähnt sei davon die Vorschrift des gesetzlichen Reservefonds durch Zuweisung von wenigstens $^1/_{20}$ des jährlichen Reingewinns bis zur Höhe von $^1/_5$ des Grundkapitals. Abgesehen von der Veröffentlichung der Jahresrechnungen und Bilanzen sind dieselben nach einer gesetzlich bestimmten Gliederung mit Aufschlüssen der Nationalbank einzureichen, welche außer dem dadurch geschaffenen Kontrollrecht die Befugnis hat, mit Rücksicht auf die Landeswährung, die Gestaltung des Zinsfußes oder die wirtschaftlichen Landesinteressen Einsprache zu erheben gegen Anleihen zugunsten des Auslandes, Übernahme sowie Ausgabe von Aktien ausländischer Gesellschaften, Erteilung von Krediten und gewissen Anlagen im Ausland, sofern es sich um Geschäfte im Betrage von mindestens 10 Millionen Franken handelt und Kredite auf mindestens 12 Monate.

Zur Sicherheit der Spareinlagen ist, abgesehen von organisatorischen Vorschriften, ein Konkursprivileg in Klasse III bis zum Betrage von 5000 Fr. geschaffen und den Kantonen die Möglichkeit offengelassen, für Spareinlagen bis zum gleichen Betrage ein gesetzliches Pfandrecht an Wertpapieren und Forderungen der Banken zu schaffen, das den strengen Vorschriften über das Faustpfandrecht nicht unterstellt ist. Der Pfanderlös ist dann allerdings auf den durch Konkursprivileg geschützten Betrag anzurechnen.

Die Banken dürfen die ihnen gegebenen Faustpfänder nur gegen besondere schriftliche Ermächtigung des Verpfänders weiterverpfänden oder in Report geben, aber nicht für einen höheren Betrag, als sie vom Pfandschuldner zu fordern haben. Sie haben auch dafür zu sorgen, daß keine weiteren Rechte Dritter an den Faustpfändern entstehen.

Die nach OR. nur für Aktiengesellschaften vorgeschriebene Kontrollstelle hatte lediglich die Befugnis, die rechnerische formelle Richtigkeit der Abschlüsse zu prüfen. Wenn auch vielerorts diese Befugnisse statutarisch erweitert waren, so zeigte sich doch immer wieder der große Mangel einer gesetzlich eingeräumten Prüfungsbefugnis der Geschäftsführung. Abgesehen von der Unterstellung aller Banken unter eine jährliche Revision durch eine von der Bankenkommission anerkannte Revisionsstelle, verlangt das BankenG. die Prüfung der Jahresrechnung nach Form und Inhalt mit Bezug auf die Übereinstimmung mit den gesetzlichen, statutarischen und reglementarischen Vorschriften mit eingehender Verpflichtung zur Vorlegung aller verlangten Belege und Erteilung von Auskunft.

Von einschneidender Bedeutung sind sodann die Bestimmungen über die zivilrechtliche Haftung, die im OR. in ihren praktischen Auswirkungen vollständig versagt hatte, so daß Klagen gegen Verwaltungsräte von Banken selbst bei den schwersten Zusammenbrüchen eine Seltenheit waren. Das BankenG. erweitert die bisherige Haftung der Verwaltungsräte und Kontrollstelle, also der Organe der Aktiengesellschaften, gegenüber den einzelnen Aktionären und Gesellschaftsgläubigern für absichtliche Verletzung (Art. 674 OR.) ihrer Pflichten zunächst auf fahrlässige Verletzung und dehnt sie aus auf die Geschäftsführung und Oberleitung, Aufsichts- und Kontrollstellen aller Banken mit Ausnahme der Privatbankiers, deren Haftung sich nach wie vor nach den allgemeinen Bestimmungen des OR. über vertragliche und deliktische Haftung richtet. Entsprechend sind außer den Gläubigern klageberechtigt nicht nur die Aktionäre, sondern allgemein die Gesellschafter der Banken. Auch die Haftung für unwahre oder den gesetzlichen Vorschriften nicht entsprechende Angaben in Prospekten sowie Unregelmäßigkeiten bei der Sachgründung ist auf Fahrlässigkeit ausgedehnt. Die Beschränkung des Klagerechts der Gläubiger auf den Konkursfall ist beibehalten worden. Der mittelbare Schaden der Gläubiger und Gesellschafter kann nur zugunsten der Bank geltend gemacht werden. Die Solidarhaftung der ersatzpflichtigen Personen wird ausdrücklich bestätigt mit Rückgriff unter den Beteiligten nach dem Grade des Verschuldens. Die Unsicherheit über die Verjährung dieser Ansprüche ist durch Festsetzung einer Frist von 5 Jahren seit Kenntnis des Schadens und der Person des Ersatzpflichtigen sowie einer absoluten Frist von 10 Jahren seit der Tat beseitigt, vorbehalten bleibt eine längere strafrechtliche Frist auch für die Zivilansprüche aus der Straftat.

Für Übertretung der gesetzlichen Bestimmungen sind Strafen bis zu 20 000 Fr. Buße und Gefängnis bis zu 6 Monaten vorgesehen, allerdings nicht durch Generalklausel, sondern durch Aufstellung besonderer Tatbestände. Fahrlässige Begehung ist in allen Fällen ebenfalls strafbar durch Buße bis 10 000 Fr. Es seien besonders erwähnt: Vorschriftswidrige Aufstellung der Jahresrechnung, unbefugte Weiterverpfändung von Faustpfändern, gröbliche Verletzung der Revisionspflichten, Verletzung der Schweigepflicht oder des Berufsgeheimnisses durch alle bei der Bank oder der Revisionsstelle oder der Bankenkommission tätigen Personen und dann Schädigung oder Gefährdung des Kredits einer Bank durch Behauptung oder Verbreitung unwahrer Tatsachen wider besseres Wissen. Die Strafverfolgung tritt ein gegen die für juristische Personen, Kollektiv- und Kommanditgesellschaft handelnden Personen unter solidarischer Mithaftung der Banken für Bußen und Kosten.

Auch die Bestimmungen des OR. über die Herabsetzung des Grundkapitals durch Rückzahlung von Aktien sind im Sinne der Erhöhung der Sicherstellung der Gläubiger ergänzt. Die Anteilscheine von ausgeschiedenen Genossenschaftern dürfen erst nach Genehmigung der Jahresrechnung des vierten auf das Ausscheiden folgenden Geschäftsjahres zurückbezahlt werden. Dies darf nicht mehr stattfinden, wenn die Forderungen der Gläubiger nicht voll gedeckt bleiben. Neue Handelsbanken dürfen nicht mehr als Genossenschaften gegründet werden.

Zur Vermeidung der Gefahren andauernder übermäßiger Geldabhebungen ist ein Fälligkeitsaufschub durch den Bundesrat nach Anhörung der Nationalbank vorgesehen, sofern laut Revisionsbericht die Forderungen der Gläubiger gedeckt sind und der Zinsendienst gesichert ist. Die Bestimmungen des Schuldbetreibungs- und Konkursgesetzes über Nachlaßstundung und Nachlaßvertrag sind unter Berücksichtigung der besonderen Verhältnisse der Banken ergänzt und nach den Erfahrungen der letzten Jahre ausgebaut worden. So ist eine Stundung mit Ausschluß von Zwangsvollstreckungen für höchstens $1^1/_2$ Jahre vorgesehen, wenn die Bank sich außerstande sieht, ihre Verbindlichkeiten zeitgerecht zu erfüllen, wobei ein Kommissär mit umfassenden Befugnissen bestellt wird. Das BundG. erhält die Kompetenz, im Konkursfalle für den Schuldenruf, die Kollokation und die Verwertung der Aktiven vom Gesetz abweichende Vorschriften zu erlassen.

Für die Anpassung an die gesetzlichen Bestimmungen ist eine Frist von 3 Jahren angesetzt. Die erstmalige Revision nach dem BankenG. hat 1936 zu erfolgen.

RA. Dr. H. Meyer-Wild, Zürich.

Aus dem BNSDJ. und der Deutschen Rechtsfront

Reichsfachgruppenleiter Dr. W. Raeke zum Stellvertreter des Reichsjuristenführers ernannt

Durch Anordnung v. 3. Mai 1935 hat Reichsminister Dr. Frank den Reichsfachgruppenleiter Rechtsanwälte im BNSDJ. Rechtsanwalt Dr. Walter Raeke zu seinem Stellvertreter in der Reichsführung des BNSDJ. und der Deutschen Rechtsfront ernannt.

Aufruf zur Ostpreußenfahrt!

Der Reichsgeschäftsführer des BNSDJ. erließ unter dem 8. Mai 1935 folgenden Aufruf:

„An seinen Grenzen zerstückelt, durch den ‚Weichselkorridor' vom Mutterlande abgeschnitten, kämpft Ostpreußen unentwegt für deutsche Kultur. Kennt Ihr Ostpreußen? Gewiß ist es für Euch nicht nur das unwirtliche reizlose Land, für das es fast bis in die letzte Zeit zu Unrecht im Reich gehalten wurde. Gewiß sind Euch die mannigfachen landschaftlichen Schönheiten des deutschen Ostens nahegebracht worden. Und doch kann nur ein persönliches Erleben Ostpreußens und seines kernigen Menschenschlages zur Erfassung seines wirklichen Wertes gerade ausreichen.

Die Reichsführung des Bundes hat sich deshalb entschlossen, anläßlich der am 2. Juni 1935 in Königsberg stattfindenden Gautagung des BNSDJ. allen Rechtswahrern aus dem Reich Gelegenheit zu geben, Ostpreußen, seine Landschaft und seinen urdeutschen Menschenschlag kennenzulernen. Reichsminister Dr. Frank nimmt an der Fahrt teil.

Am 1. Juni 1935 findet nachmittags eine Großkundgebung des deutschen Rechtsstandes in Stettin statt, der sich eine erholungsreiche und interessante Seefahrt nach Ostpreußen anschließt. Die Königsberger Tagung selbst wird den Kameraden aus dem Reich einen starken Eindruck des nationalsozialistischen Aufbaues im Osten vermitteln. Der für den Aufenthalt in Ostpreußen bestimmte weitere Tag wird auch die landschaftlichen Schönheiten unseres östlichen Gaues (ostpreußische Steilküste, Bernsteinwerke in Palmnicken, Georgenswalde, Rauschen usw.) zur Geltung bringen.

Wir laden deshalb alle Kameraden ein:

Nehmt teil an der Gemeinschaftsfahrt des BNSDJ. nach Ostpreußen!"

Deutsches Recht 1935, 257 veröffentlicht hierzu folgende nähere Mitteilungen über die Durchführung der Fahrt:

„Abfahrt erfolgt am 1. Juni morgens ab Berlin bzw. nachmittags ab Stettin; Rückfahrt am 3. Juni abends ab Königsberg mit D-Zug. Der Preis der Bahn-See-Fahrkarte Berlin-Stettin-Swinemünde-Königsberg-Berlin beträgt 29,50 *RM*. Für die Anfahrtstrecke gilt eine 40%ige Ermäßigung des Fahrpreises. Bei Erreichung einer Teilnehmerzahl von mindestens 100, bei Abfahrt ab Stettin oder bei Benutzung des Seeweges auch bei der Rückfahrt verbilligt sich der Gesamtpreis entsprechend.

Anfragen sind unmittelbar zu richten an das Organisationsamt der Reichsgeschäftsstelle, Berlin W 35, Tiergartenstr. 20."

Schrifttum

Die Einsendung von Büchern begründet keinen Anspruch auf Besprechung. Eine Rücksendung kann in keinem Fall erfolgen

Jahrbuch für nationalsozialistische Wirtschaft. Herausgeber Dr. **Otto Mönckmeyer**, Reichsfachgruppenleiter Wirtschaftsrechtler des Bundes Nationalsozialistischer Deutscher Juristen. Stuttgart-Berlin 1935. Verlag W. Kohlhammer. Preis geh. 7 *RM*, geb. 8,40 *RM*.

Das Wirtschaftsdenken und die äußeren Formen der Wirtschaftsgestaltung haben durch den Nationalsozialismus eine völlige Wandelung erfahren. Statt individualistisch oder marxistisch geprägter konstruktiver Wirtschaftstheorie, statt eines ungehemmten freien Spieles der Kräfte oder einer nivellierenden verantwortungslosen Wirtschaft herrschen neue geistige Kräfte, die ihre Grundlagen im „Wir" der Volksgemeinschaft und in dem schöpferischen einsatzbereiten und verantwortungsbewußten deutschen Menschen als Glied dieser Gemeinschaft finden. Eine umfassende Darstellung dieser grundsätzlichen Wandelung mit allen ihren Auswirkungen war jedoch bisher trotz mancher sehr wertvoller Einzelarbeiten nicht vorhanden.

Diese Lücke füllt das Jahrbuch für nationalsozialistische Wirtschaft in vollem Umfange aus. Es will das lebendige Wirtschaftsleben des Nationalsozialismus in einer Gesamtschau zusammenfassen, einen Rechenschaftsbericht geben und — was noch wichtiger ist — darüber hinaus „die geistigen Grundlagen, die ideellen und materiellen Triebkräfte der Wirtschaftswende herausarbeiten". Diese Aufgabe ist dem Herausgeber und seinen Mitarbeitern voll gelungen. Wir haben in dem Mönckmeyerschen Jahrbuch das erste Gesamtwerk nationalsozialistischer Wirtschaftslehre und lebendiger Wirtschaft, aber auch der Wirtschaftsgesetzgebung. Das ist um so wichtiger, und zwar nicht nur für den Wirtschaftsrechtler, sondern für jeden Rechtswahrer, insbes. auch den Anwalt, als bisher jedes volkswirtschaftliche oder wirtschaftsrechtliche Gesamtwerk einen wirklichen Aufbau auf nationalsozialistischem Gedankengut vermissen ließ und andererseits angesichts der engen Verflechtung von Recht und Wirtschaft jeder deutsche Rechtswahrer die geistigen Grundlagen innerhalb des wirtschaftlichen Sektors erkennen muß, um seine Aufgabe zu erfüllen.

Diese geistigen Grundlagen und ihre Auswirkungen behandelt der erste Teil des Buches unter dem Titel „Die nationalsozialistische Wirtschaftsordnung". Ein Aufsatz von Mönckmeyer selbst — „Der Wandel in der Wirtschaftsgesinnung" — stellt das nationale Ethos der Arbeit in den Mittelpunkt der nationalsozialistischen Wirtschaftsgesinnung. Die sittliche Pflicht, für das Leben des Volkes zu schaffen, ist Ausgangspunkt des Wirtschaftsdenkens. Von hier aus werden die tatsächlichen und rechtlichen Wege der Neugestaltung erörtert, die, auf der neuen Wirtschaftsgesinnung aufbauend, zur geordneten Wirtschaft führen. Hierbei behandelt Mönckmeyer auch das Wesen und die neuen Aufgaben des Wirtschaftsrechtes. — Die tatsächlichen Wandelungen des Wirtschaftsaufbaues erörtert Buwert. Dieser Aufsatz enthält auch sehr viel unentbehrliches statistisches Material. Aus der Entwicklung zieht der Verf. zwingende Folgerungen für den Neuaufbau: „Gemeinnutz vor Eigennutz als Quelle aller vom Staat zu treffenden wirtschaftlichen Maßnahmen"; „dienende Bedarfsdeckungswirtschaft statt Profitorientierung", Nahrungsmittelfreiheit, siedlungs- und bevölkerungspolitische Forderungen (Bodenverwurzelung). — Die drei folgenden Aufsätze von Wrede, Bartholomeyczik und Wagemann befassen sich mit dem Verhältnis der Wirtschaft zu Staat, Recht und Statistik.

Wrede untersucht insbes. das Problem der Wirtschaftsführung durch den Staat, sowie die grundsätzliche Stellung der wirtschaftlichen Selbstverwaltung und deren „genossenschaftlichen" Charakter. Wagemann behandelt vor allem das Problem der Konjunkturgestaltung durch den Nationalsozialismus auf Grund der Statistik und Konjunkturforschung.

Für den Anwalt besonders interessant ist der Aufsatz über Recht und Wirtschaft. Bartholomeyczik sieht zutreffend im neuen Wirtschaftsrecht „das Ergebnis politischen Ordnungsdenkens", eine selbständige Rechtsdisziplin innerhalb der Rechtsordnung, die „Ausdrucksform der gemeinschaftsgebundenen Wirtschaftsordnung". Hinzuzufügen wäre vielleicht noch, daß dieses Wirtschaftsrecht nicht nur Ausdrucksform, sondern auch Grundlage der Wirtschaftsordnung selbst ist. Anknüpfend an das Verhältnis von Recht und Wirtschaft erörtert Bartholomeyczik das Problem der sog. „Freiheitsbeschränkungen", in denen er durchaus zutreffend nicht Eingriffe des Staates in bestehende Rechte, sondern Funktionsverteilungen sieht, die aus der Einheit „Volksgemeinschaft" fließen. Er stellt hierbei das Privatrecht, das die Inhaberschaft der Einzelgüter regelt, dem Wirtschaftsrecht gegenüber, das die Funktionen der wirtschaftlichen Güter als Bestandteil des Volksvermögens zu regeln hat. Bei dieser Gegenüberstellung muß man sich allerdings darüber klar sein, daß sie rechtstechnischer Art ist, keinen Wesensunterschied bezeichnet und daß zum Wirtschaftsrecht im weiteren Sinne auch das „Wirtschaftsprivatrecht" (z. B. Handelsrecht) gehört, das gerade wegen der Einheitlichkeit des neuen Rechtes nicht von einem öffentlichen Wirtschaftsrecht getrennt werden kann. Man denke nur an die Fragen

des Wettbewerbsrechtes, die auch Mönckmeyer in einem ähnlichen Zusammenhange erwähnt hat, an das Kartell- und Aktienrecht, an die Preisgestaltung und Rabattgesetzgebung, die sowohl die Güter als Bestandteil des Volksvermögens wie als Gegenstand einzelner Verträge usw. erfassen. An Hand einiger Beispiele erörtert Bartholomeyczik sodann die praktische Ausgestaltung und Wirkung des neuen Rechtsdenkens. Er zieht wichtige Folgerungen für das Kartell- und Organisationsrecht (Anschlußzwang). Er folgert daraus einen neuen Eigentumsbegriff, der das Eigentum gemeinschaftsgebunden sein läßt. Er behandelt schließlich kurz die Fragen der Vertragsfreiheit und ihrer Grenzen, wobei er den „frei" vereinbarten allgemeinen Geschäftsbedingungen der Banken, Versicherungsanstalten, Spediteure usw. sowie der eigensüchtigen Bestrebungen entgegenkommenden Rechtsprechung des RG. die richtige Würdigung angedeihen läßt. Diese Ausführungen sind auch für die praktische Weiterentwicklung der Rechtsprechung sehr bedeutungsvoll.

In den folgenden Abschnitten des 1. Teiles werden in 11 Einzelaufsätzen die Hauptfragen der Wirtschaftsneugestaltung einzeln erörtert. Zunächst wird der agrarische Teil unserer Wirtschaft in drei Aufsätzen über „Bauer und Boden", über „Aufbau und Aufgaben des Reichsnährstandes" und über die „bäuerliche Marktordnung" untersucht. Die Grundlagen, Ziele und Wege der nationalsozialistischen Agrarpolitik und des neuen Agrarrechtes werden von berufenen Männern dargestellt. Die Aufsätze enthalten einen Überblick über das gesamte Agrarwesen. Die folgenden Beiträge von Reithinger, Hilland, Becker und Egloff befassen sich mit Fragen der Wirtschaftsbeobachtung, der Wirtschaftsneuordnung in organisatorischer Hinsicht — der Hillandsche Aufsatz gibt hierzu an Hand von guten Schaubildern einen umfassenden Überblick —, der Markt- und Preisfragen und der Arbeit. Für den Anwalt sind insbes. die beiden letztgenannten Aufsätze sehr wichtig. Becker erörtert die Rechtsfragen, die mit dem Problem des gerechten Preises (den Becker mit Recht bejaht!) zusammenhängen, die Bedeutung der Maßnahmen gegen Preiserhöhungen einerseits, gegen Schleuderpreise andererseits. Ebenso behandelt er die wichtigsten kartellrechtlichen Probleme, die Quotenpolitik, das Mindestpreissystem, die Stellung der Fachgruppen zu den Kartellen. Durchaus mit Recht unterstreicht Becker die für die Weiterentwicklung dieser Fragen bedeutsame Tatsache, daß die Fachgruppen sich mit Marktregelungsfragen vorbereitend beschäftigen können, die Kartelle zu beobachten haben und Marktkontrolle ausüben dürfen. Mit Recht hebt Becker auch die Bedeutung der Organisationen für die Synthese zwischen gerechter Preisgestaltung und Erhaltung eines gesunden freien Wettbewerbs hervor. Der Aufsatz von Egloff geht aus vom Recht auf Arbeit und der Pflicht zur Arbeit. Die bisherigen Gesetze, ihre Grundgedanken und Ziele, die Ergebnisse der Arbeitsschlacht, die Aufgaben und das Wirken der Arbeitsfront finden ebenso ihre Darstellung wie die wichtigsten Einzelfragen — Kündigungsschutz, Regelung der Arbeitsbedingungen, soziale Ehrengerichtsbarkeit.

Der folgende Aufsatz von Guichard behandelt die Neuordnung des deutschen Geld-, Bank- und Börsenwesens. Er gibt eine zusammenhängende und erschöpfende Behandlung dieser Probleme nicht im Wege konstruktiver theoretischer Erörterungen, sondern an Hand eingehender Unterlagen und auf Grund der nationalsozialistischen Weltanschauung. Die Kreditpolitik, das Kreditgesetz, die Maßnahmen zur Pflege des Kapitalmarktes, die Zinsfrage und die Börsenreform werden eingehend erörtert.

Es folgen drei Aufsätze über Außenwirtschaft. Ringer gibt einen Umriß der Entwicklung im Jahre 1934. Er umreißt in kurzen Zügen die Problematik der Außenwirtschaft, den „Neuen Plan" und die Zukunft des Außenhandels. Dem Aufsatz ist wichtiges Zahlenmaterial beigegeben. Eingehend werden sodann in den folgenden Aufsätzen von Troeger und Ubbelohde die beiden wichtigsten außenwirtschaftlichen Fragen behandelt: das Devisen- und das Rohstoffproblem.

Der zweite Teil des Werkes ist für den Juristen geradezu als unentbehrlich zu bezeichnen. Denn er enthält eine knappe, aber umfassende Darstellung aller wirtschaftlichen Gesetze und Verordnungen mit Angabe von Inhalt und Zweck, geordnet nach den großen Gesichtspunkten: Arbeit, Kultur (Reichskulturkammergesetzgebung), Landwirtschaft (Schuldenregelung, Erbhofgesetz, Reichsnährstands- und Marktordnungsgesetzgebung. Forstwirtschaft), Gewerbliche Wirtschaft (hier ist vor allem das vollständige Verzeichnis aller Zwangskartellierungs- und ähnlichen Maßnahmen in einer sehr übersichtlichen Form hervorzuheben), Verkehrswirtschaft (Schiffahrts- und Kraftfahrzeuggesetzgebung), Preisgesetzgebung, Rohstoff-, Devisen- und Außenwirtschaft. Durch diese Zusammenstellung erhält das Handbuch auch einen sehr hohen praktischen Wert. Denn es gibt so einen vollständigen Spiegel über das, was im nationalsozialistischen Deutschland auf wirtschaftsrechtlichem Gebiet an positiver Arbeit geschaffen ist.

RA. Dr. Hans Peter Danielcik, Berlin.

Otto Chr. Fischer, Leiter der Reichsgruppe Banken: **Das Reichsgesetz über das Kreditwesen.** Kommentar mit ausführlicher Einführung, Erläuterungen und Sachregister unter Berücksichtigung der Durchführungsverordnung v. 9. Februar 1935. Guttentagsche Sammlung deutscher Reichsgesetze Nr. 192. Berlin und Leipzig 1935. Walter de Gruyter & Co. Preis 5 *RM.*

Das RGes. über das Kreditwesen ist eines der grundlegenden nationalsozialistischen Wirtschaftsgesetze, weil es das gesamte Bankwesen auf eine neue Grundlage stellt, die wohl an bisheriges anknüpft, aber ihrem Wesen nach doch einen Wirtschaftszweig in seiner Struktur völlig ändert. Deshalb ist die Herausgabe eines handlichen und doch eingehenden Kommentars gerade durch den Leiter der Reichsgruppe Banken sehr zu begrüßen.

Fischer schickt den Erläuterungen eine 43 Seiten lange Einleitung voraus, in der zunächst die Nachkriegsentwicklung, die Fehler der seitherigen Kreditpolitik, die bisherigen gesetzlichen Maßnahmen und insbes. der Bericht des Untersuchungsausschusses eingehend behandelt werden. Sodann wird die Stellung des Bankwesens unter dem neuen Gesetz eingehend erörtert. Was Fischer hier auf S. 10/11 über die Eignung der bisherigen Bankorganisation sagt, bezieht sich auf die Form, nicht auf den Aufbau und die Geschäftshandhabung der Banken, deren ungeheure Fehler mit Recht zuvor betont waren. Die von Fischer mit Recht erwähnten „weitgehenden Eingriffe in die privatrechtliche Dispositionsfreiheit des Kreditgewerbes" bedeuten eben einen völligen Umbruch innerhalb der Kreditorganisationen, der auf das Versagen des bisherigen Systems zurückzuführen ist.

Besonders lesenswert sind die Ausführungen, die sich mit der grundsätzlichen Neugestaltung auf Grund des neuen Verhältnisses zwischen Staat und Bankwesen befassen: die zentrale Führung des gesamten Bank- und Kreditwesens bleibt bei der Reichsbank. Alle kapitalmarktpolitischen Maßnahmen gehen vom Aufsichtsamt aus. Die unmittelbare Aufsicht führt der Reichskommissar. Andererseits wird die Verantwortung der Unternehmensleiter wesentlich gestärkt. Nicht ganz klar ist die S. 39 aufgeworfene Frage nach der „Abgrenzung" der Verantwortung eines Bankleiters. Diese Terminologie kann zu Irrtümern führen. Denn „abgegrenzt" ist die Verantwortung des Leiters einer Bank überhaupt nicht. Insbes. wird ein Bankleiter auch dadurch niemals von irgendeiner Verantwortung frei, daß Aufsichtsamt oder Reichskommissar für ihn bindende Anordnungen im Interesse des Gemeinwohls treffen.

Die Erläuterungen behandeln Entstehungsgeschichte, Motive und Zweifelsfragen. Es würde zu weit führen, im einzelnen auf die umfassenden Erörterungen einzugehen. Nur zwei Bemerkungen seien gestattet:

In Anm. 1 zu § 4 vertritt Fischer die Auffassung, daß die Formulierung des § 4 gegenüber dem § 5 des früheren Gesetzes über Depot- und Depositengeschäfte „milder" sei; er zieht hiermit bestimmte Folgerungen für die Zulassungspraxis. Ich kann hier Fischer nicht folgen. Gerade im Interesse eines wirksamen Einsatzes der Banken für den Aufbau des Dritten Reichs, eines wirksamen Kundenschutzes sowie einer geordneten Anpassung an die gesamtwirtschaftlichen Bedürfnisse und einer Sauberkeit der Wirtschaft schlechthin, ist eine möglichst strenge Handhabung der Zulassung erforderlich.

In Anm. 1 zu § 16 hält Fischer anscheinend das vorübergehende Sinken der Barreserve für zulässig, wenn „der natürliche Ablauf der Wirtschaft Schwankungen unvermeidlich macht". Dies halte ich für unzutreffend. § 16 ist eine Mußvorschrift. Wird sie verletzt, treten in jedem Falle die Folgen des § 18 ein. Für besondere Fälle können Sonderbestimmungen nach § 16 Abs. 3 getroffen werden. Geschieht dies nicht, so kann auch kein Hinweis auf den „natürlichen" Wirtschaftsablauf die Banken von ihrer Verpflichtung befreien, Barreserven in der vorgeschriebenen Höhe zu unterhalten.

RA. Dr. Hans Peter Danielcik, Berlin.

Archiv für Wettbewerbsrecht. Zeitschrift zur Förderung des lauteren Wettbewerbs unter besonderer Berücksichtigung des Werberechts. 1. Heft. Herausgeber: AGR. Dr. **L. von Braunmühl**, Geschäftsführer im Werberat der Deutschen Wirtschaft., Ministerialrat **Konrad Gottschick**, Verbandsdirektor Dr. **Kurt Junckerstorff**. Berlin 1935. Verlag Franz Vahlen. Preis Einzelheft 0,80 *RM*, vierteljährlich 2,25 *RM*.

Die Zeitschrift will ein Zentralblatt für Wettbewerbsrecht sein. Und obwohl im allgemeinen an juristischen Zeitschriften kein Mangel besteht, ist durch die Bedeutung, die gerade das Wettbewerbsrecht im gegenwärtigen Umbruch von Recht und Wirtschaft hat, die Herausgabe einer solchen neuen Zeitschrift seitens der dazu besonders berufenen Herausgeber sehr zu begrüßen.

Das vorliegende Heft enthält Aufsätze über „Ausverkaufswesen

und Sonderveranstaltungen" — dieser Beitrag befaßt sich vor allem mit der Novelle zum UnlWG. v. 26. Febr. 1935 — sowie über „Werberat und bürgerliches Recht". Ferner sind eine Reihe von Entscheidungen und Gutachten über Werberecht, Zugabe- und Rabattgesetzgebung wiedergegeben und kurz besprochen. — Besonders wichtig ist der Aufsatz über Werberat und bürgerliches Recht. Hierin unternimmt der Geschäftsführer des Werberates den dankenswerten Versuch, das Verhältnis der Bekanntmachungen des Werberates zu den Gesetzesnormen zu untersuchen. Ferner wird die damit zusammenhängende äußerst wichtige Frage behandelt, ob und inwieweit die Gerichte die Bestimmungen des Werberates zu beachten haben. Braunmühl geht mit Recht davon aus, daß die Bestimmungen des Werberates keineswegs Gesetze im formellen Sinn sind, wohl aber Rechtsnormen, die von dem Werberat als Träger einer neuen Wirtschaftsordnung zur unmittelbaren Förderung des Gemeinwohles geschaffen worden sind. Er faßt, hiervon ausgehend, die Bekanntmachungen als Teil eines elastischen verwaltungsmäßigen Berufsstandsrechtes auf, das nicht in den Begriff der Rechtsnorm, wie ihn das EGBGB. versteht, eingeordnet werden könne. Er bezeichnet das Werberatsrecht deshalb im Gegensatz zum allgemeinen Recht als „Gruppenrecht". Ob freilich gerade der Ausdruck „Gruppenrecht" glücklich ist, kann bezweifelt werden, weil sich großenteils die Bekanntmachungen, z. B. gerade die von Braunmühl anschließend angeführte zweite Bekanntmachung darüber, daß die Werbung in Gesinnung und Ausdruck deutsch, geschmackvoll wahr und klar usw. sein soll, tatsächlich an die Allgemeinheit derjenigen richten, die überhaupt Werbung treiben.

Daraus, daß die Werberatsbekanntmachungen nicht Gesetze sind, folgert Braunmühl mit Recht, daß bei Verstoß gegen die Bekanntmachungen eine Nichtigkeit von Rechtsgeschäften, insbes. Verträgen nicht vorliegt. Dies Ergebnis halte ich für zutreffend. Es entspricht, wie Braunmühl gleichfalls richtig ausführt, auch den Erfordernissen des wirtschaftlichen Lebens. Es unterliegt andererseits keinen rechts- und wirtschaftspolitischen Bedenken. Denn der Werberat hat ein äußerst scharfes Mittel Verstöße zu ahnden darin, daß er den gegen seine Bestimmungen Verstoßenden die Befugnis, Wirtschaftswerbung auszuüben, entzieht.

Was die Bindung der Gerichte an Bekanntmachungen angeht, so vertritt Braunmühl den Standpunkt, daß das Gericht sich „möglichst daran halten sollte". Aus dieser Formulierung kann man schließen, daß Braunmühl die Bindung der Gerichte verneint. Hier kann ich ihm nicht ganz folgen. Denn der Werberat spricht als amtliches Organ nationalsozialistischer Wirtschaftsverfassung Grundsätze neuen Rechtes aus, über die die Gerichte m. E. zum mindesten dort nicht hinweggehen dürfen, wo es sich nicht nur um Empfehlungen oder Ausführungen über Erwünschtheit oder Unerwünschtheit einer Werbungsart handelt, sondern wo die artmäßig bedingte Rechtsauffassung von dem dazu berufenen Organ in bestimmte Anweisungen gekleidet ist. Hier besteht meiner Ansicht nach eine Bindung der Gerichte; denn es ist im totalen Staat kaum vorstellbar, daß ein Gericht beispielsweise über die Frage der Sittenwidrigkeit eine grundsätzlich andere Auffassung vertritt und sie „im Namen des deutschen Volkes" ausspricht, als die dafür von der Reichsregierung eigens eingesetzte Institution.

Beizustimmen ist Braunmühl darin, daß nicht etwa umgekehrt der Werberat an Gerichtsentscheidungen über Sittenwidrigkeit gebunden ist.

RA. Dr. Hans Peter Danielcik, Berlin.

Dr. S. **Schultzenstein** und Dr. W. **Dieben**, Staatsfinanzräte, Mitglieder der Reichsschuldenverwaltung: **Die Vorzugsrente nach dem Anleihcablösungsgesetz.** 2., völlig umgearb. Aufl. Berlin 1935. Carl Heymanns Verlag. Preis 10 RM.

Die große wirtschaftliche Bedeutung der Vorzugsrente nach dem AnlAblösG. bedarf keiner besonderen Hervorhebung. Die Zahl der Vorzugsrentengläubiger beträgt heute noch über 500 000. Die zur Auszahlung gelangenden Beträge belaufen sich jetzt noch auf über 61 000 000 RM. Die Auslosungsscheine und die Auslosungsrechte, die für die Dauer des Bezuges der Rente bei der Reichsschuldenverwaltung hinterlegt und im Reichsschuldbuch gesperrt werden müssen, bedeuten einen Kapitalbetrag im Kurswerte von etwa 300 Millionen RM. Noch bis zum 31. März 1937 können zudem neue Anträge, Vorzugsrenten zu bewilligen, gestellt werden.

Die Regelung des Vorzugsrentenrechts ist sehr verwickelt. Nicht nur das Gesetz über die Ablösung öffentlicher Anleihen befaßt sich damit, auch das FinanzG. v. 23. März 1934, das KleinrentnerhilfeG. v. 5. Juli 1934 und das EinkStG. v. 16. Okt. 1934 haben es wesentlich umgestaltet. Dazu kommen zahlreiche, nur verstreut sich findende VO. und Erlasse.

„Es ist schwierig, ja fast unmöglich", wie es in der Einleitung über Bedeutung und Wesen der Vorzugsrente heißt, „sich ohne Führer lediglich an Hand des Gesetzes, der zahlreichen Ausführungs- und Durchführungsbestimmungen, VO. und Erlasse ein klares Verständnis des Vorzugsrentenrechts zu verschaffen. Hat doch die Vorzugsrente keine Vergangenheit, keine lange Entwicklung, kein Vorbild, so daß sie Neuland nach jeder Richtung ist. Es ist deshalb auch nicht verwunderlich, daß ein solches neues Rechtsgebilde — zumal bei so außerordentlich verbreiteter Anwendung — zu allen möglichen sonstigen Rechtstatsachen und Rechtsverhältnissen in enge Beziehungen tritt. Um bei der Mannigfaltigkeit der Fälle gerecht und richtig zu handeln, und um — was dringend not tut — den bedürftigen, meist geschäftsungewandten Anleihegläubigern zweckmäßige Ratschläge zu geben, bedarf es eines nicht geringen Maßes von Rechtskenntnissen. Es war deshalb eine große und reizvolle Aufgabe für die RSchV., dieses neue Rechtsgebiet, man kann wohl sagen, rechtsschöpferisch zu gestalten und von hohen sozialen Gesichtspunkten aus den wenigen, leblosen Paragraphen des Gesetzes erst Fleisch und Blut zu geben."

S. und D. haben in dem vorl. Werke das Vorzugsrentenrecht meisterhaft bearbeitet. Ich glaube nicht fehl zu gehen, wenn ich behaupte, fast alle denkbaren Fragen des Vorzugsrentenrechts seien in den Kreis der eingehenden und gründlichen Erörterungen gezogen. Soweit Zweifelsfragen behandelt werden, geschieht dies — ich verweise z. B. nur auf die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand — (S. 57) praktisch vernünftig und billig unter Vermeidung von jedem ungesunden Formalismus. Der Geist, in dem die Fragen behandelt werden, ist derselbe, den S. und G. der Reichsschuldenverwaltung bei der Erledigung der Vorzugsrenten zum Lobe anrechnen: „ein Geist wohlwollender Betreuung ohne Engherzigkeit". Übersichtlichkeit, Klarheit und Gemeinverständlichkeit sind außerdem auszeichnende Vorzüge. Eine eingehende systematische Inhaltsübersicht, ebenso wie ein solches Wortverzeichnis, bei Werken der vorl. Art ungern, aber nicht selten entbehrt, erleichtern die praktische Benutzbarkeit. Leider sind die Muster zu Anträgen, von zwei neuen Mustern abgesehen, aus der ersten Auflage nicht in die neue übernommen, sondern nur im einzelnen, unter Hinweis auf die erste Auflage verzeichnet.

RA. Dr. Blum, Köln.

Dr. **Ernst Achenbach**, wissenschaftlicher Hilfsarbeiter an der Rechtsabteilung des Instituts für Auswärtige Politik in Hamburg: **Der briefliche und telegraphische Vertrag im vergleichenden und internationalen Privatrecht** (Urkunden und Forschungen zum Internationalen Recht, herausgegeben von Mitgliedern der Hamburgischen Juristenfakultät, Heft 3.) Leipzig 1934. Verlag Bernhard Tauchnitz. Preis geheftet 4,50 RM.

Der Verf. hat sich zur Aufgabe gestellt, für den brieflich und telegraphisch zustande gekommenen Vertrag (als den typischen Vertragsabschluß unter Abwesenden) eine klare und gerechte Kollisionsnorm zu entwickeln. Die dabei zu beurteilenden Rechtsfragen betreffen zunächst Zeit und Ort des Zustandekommens des Vertrages im allgemeinen und sodann folgende damit zusammenhängende Sonderprobleme: Zulässigkeit und zeitliche Grenze des Widerrufs, Wirkung einer verzögerten Annahmeerklärung, Folgen unrichtiger Übermittelung bei Telegrammen, Wirkung von Tod oder Eintritt der Geschäftsunfähigkeit vor Annahme.

Methodisch geht der Verf. davon aus, daß einer derartigen internationalprivatrechtlichen Untersuchung notwendigerweise eine sorgfältige Rechtsvergleichung vorangehen muß. „Erst wenn man sich über den Standpunkt der verschiedenen nationalen Privatrechte klargeworden ist, ist man in der Lage, die Bedeutung und Größe der Konfliktsmöglichkeiten zu erkennen, zu denen die häufig voneinander abweichenden Konfliktsregeln der einzelnen Staaten führen können" (S. 3; vgl. hierzu auch, gerade für das Zustandekommen von Schuldverträgen, Wahl: ZAuslIntPrR. 3, 775 ff., 801). Dieser methodischen Auffassung entsprechend werden zunächst in einem I. Kapitel (S. 12—23) die Regeln über Zustandekommen des Vertrages, Widerruf usw. in den einzelnen Rechtsordnungen behandelt, wobei der Verf. sich auf deutsches, englisches, französisches und italienisches Recht beschränkt. Hierbei zeigen sich recht verschiedene Ergebnisse, so daß eine ziemlich erhebliche collisio statutorum besteht. Dies gibt Veranlassung, in einem II. Kapitel (S. 24—27) der internationalprivatrechtlichen Regelung in den einzelnen Rechtsordnungen kurz nachzugehen, zumal da für die Frage, nach welchen Rechtsnormen Zustandekommen, Widerruf usw. zu beurteilen seien, nirgends ausdrückliche gesetzliche Regeln aufgestellt worden sind, so daß die teilweise lückenhafte Rechtsprechung herangezogen werden muß, die durchweg mit der lex fori arbeitet.

Diesem Zustand soll das internationale Privatrecht aber gerade

abhelfen, und so kommt der Verf. nach der bisherigen rein beschreibenden Darstellung zu dem Hauptstück seiner Untersuchungen. In einem III. Kapitel (S. 28—34) versucht er, eine möglichst „richtige" Lösung zu entwickeln, wobei er sich unter Ablehnung der „deduktiven" Methode von den Tatbeständen des wirklichen Lebens und von den praktischen Bedürfnissen leiten lassen will. Für die Frage also, welche Rechtsordnung de lege ferenda über das Zustandekommen des brieflichen und telegraphischen Vertrages und über die damit verknüpften Sonderprobleme entscheiden soll, schließt sich der Verf. nach einer Kritik der bisher geäußerten Ansichten der für eine Kumulation eintretenden Auffassung an. Die Anwendung nur einer Rechtsordnung lehnt er ab, weil nur durch Anwendung verschiedener Rechtsordnungen das unbedingt nötige und allein gerechte Ergebnis zu erzielen sei, daß jede Partei übersehen könne, ob und wann und auf Grund welchen Verhaltens sie Partei eines sie bindenden Vertragsverhältnisses geworden sei. Bei der Durchführung der Kumulation knüpft Verf. an das Wohnsitzrecht an, lehnt (mit Lewald gegen Zitelmann) die Berücksichtigung des sog. „genetischen Synallagma" ab und geht dann selbständige Wege, indem er die bisher besonders von Lewald vertretene Formel — wonach der Vertrag in dem Augenblick zustande gekommen sein soll, in dem für beide Kontrahenten, für jeden nach dem für seine Erklärung maßgebenden Statut, eine Bindung begründet ist — folgendermaßen abändert und einschränkt: Der Vertrag kommt normalerweise in dem Augenblick zustande, in dem für jeden Kontrahenten nach seinem Recht (Domizilstatut) eine Bindung begründet ist; wenn aber die Annahme einer Bindung dem nach seinem Recht nicht gebundenen Vertragsteil günstiger ist oder ihn jedenfalls nicht ungünstiger stellt als dieses, so kommt auch dann ein Vertrag zustande, und zwar in dem Augenblick, in dem die durch irgendeinen Umstand verhinderte Bindung ohne diesen Umstand normalerweise begründet worden wäre (S. 74). Hiermit will Verf. verhindern, daß ein Vertragsteil sich auf das ihm günstigere Nichtzustandekommen berufen könnte, obwohl er nach seinem eigenen Recht gebunden ist und die Verhinderung des Vertragsschlusses nur dem Recht des anderen Vertragsteils verdankt. (Dabei handelt es sich m. E. etwa um eine „exceptio doli" im internationalen Privatrecht.) über die Auffassung von Rabel und Wahl (ZAuslIntPrR. 3, 754, 775 ff.) geht der Verf. dabei auch insofern hinaus, als diese das Personalstatut jeder einzelnen Partei nur auf die Frage anwenden wollen, ob ein bestimmtes Verhalten einer Person überhaupt als Vertragserklärung aufgefaßt werden kann, während die weitere Frage, wie bejahendenfalls das Verhalten zu werten ist (Antrag, Annahme, Widerruf usw.), nach dem Vertragsstatut zu bestimmen sei.

Nachdem der Verf. seine Ansicht an Hand der praktischen Sonderprobleme näher erläutert und durchgeführt hat (S. 66 ff.), verteidigt er sie noch in einem IV. Kapitel (S. 75—95) gegenüber den bisherigen Lehren über das Obligationsstatut. Er wendet sich dabei besonders gegen die Ansicht, daß der Vertrag einem einheitlichen Statut unterstellt werden müßte. In der Tat liegt hier der kritischste Punkt in der Auffassung des Verf.: Gewiß hat jede Partei ein Interesse daran, nicht plötzlich durch ihr unbekannte Sätze eines ausländischen Rechts Nachteile zu erleiden; auf der anderen Seite aber trifft sie dann eben eine natürliche Sorgfalts- und Erkundigungspflicht, und es erscheint bedenklich, den Vertrag so stark auseinanderzureißen und ihm damit, wenn auch zunächst nur im Ansatzpunkt, den Charakter einer bindenden und verbindenden Ordnung fast völlig zu nehmen. Jedenfalls aber bedeutet die vom Verf. vertretene Einschränkung gegenüber der absolut trennenden Lewaldschen Formel entschieden einen Fortschritt.

Zum Schluß bringt Verf. einige Gedanken darüber, wie seiner Ansicht nach in Zukunft eine erfolgversprechende Behandlung der Schuldverhältnisse im IPR. aussehen müßte. Nach Überwindung der „Einheitstheorie" müsse bezüglich des Inhalts der Schuldverhältnisse an die Stelle einer Abstraktion auf jede einzelne Vertragsart abgestellt werden; für andere Fragen dagegen, z. B. gerade für die Sonderprobleme des brieflichen Vertrages, seien „allgemeine Lehren" zu fordern.

Die Arbeit ist, nicht nur wegen der zahlreichen Fremdwörter, schwer zu lesen. Das ändert jedoch nichts daran, daß sie trotz der hier angedeuteten Bedenken gegen das Ergebnis volle Anerkennung verdient, da sie sehr gute Kenntnisse zeigt und zweifellos sehr anregend und fördernd wirken wird.

Prof. Dr. Wolfgang Siebert, Kiel.

Dr. jur. Günter Riesebrodt: Der Fernschreiber im privaten Rechtsverkehr. Berlin 1934. Kluck u. Schneemann, Druck- u. Verlagsgesellschaft m. b. H. Preis 2,25 *RM*.

Unter den Fernmeldeverkehrsformen der Deutschen Reichspost (DRP.) nimmt der Fernschreiber als eine Abart des gewöhnlichen Telegraphen eine besondere Stellung ein. Er ermöglicht ohne Inanspruchnahme der Dienststellen der DRP. einen unmittelbaren Telegraphenverkehr zwischen Absender und Empfänger und damit einen gegenseitigen Austausch von Mitteilungen. Wie der Verfasser in der Einleitung ausführt, hat die DRP. im Okt. 1933 das erste öffentliche Fernschreibnetz zwischen verschiedenen deutschen Städten eröffnet. Seine weitere Ausdehnung auf das ganze Reich und die Schaffung eines europäischen Fernschreibnetzes stehen in Aussicht. Der Fernschreiber, der als Sender und Empfänger dient, gleicht im wesentlichen einer Schreibmaschine. Bei ihm ist ein Zusatzgerät angebracht mit einer Wählerscheibe — wie beim Fernsprechselbstanschlußverkehr — und mit zwei Schaltern. Zur Abgabe einer Mitteilung an den Empfänger schaltet der Absender seinen Fernschreiber auf diesem Zusatzgerät ein und wählt die Teilnehmernummer des Empfängers. Dadurch wird seine eigene Anschrift auf den Papierstreifen des Sendegeräts geschrieben. Sodann drückt der Absender die mit „Wer da?" bezeichnete Taste. Daraufhin erscheinen Nummer und volle Anschrift des Mitteilungsempfängers selbsttätig unter seiner eigenen Anschrift. Dieser Vorgang verschafft dem Absender die Gewißheit, daß das Empfangsgerät arbeitet. Nunmehr schreibt der Absender wie auf einer Schreibmaschine seine Mitteilung an den Empfänger. Jedes vom Absender benutzte Zeichen erscheint sofort bei ihm selbst wie auch gleichzeitig bei dem Empfänger. Damit ist die „juristische Eigentümlichkeit" des Fernschreibers bereits gekennzeichnet. Sie besteht, wie der Verfasser am Schlusse der Einleitung ausführt, darin, daß nicht, wie bisher, sofort lesbare Erklärungen an den Empfänger weitergegeben werden, sondern daß der Absender seine Erklärungen unmittelbar im Wahrnehmungsbereiche des Empfängers herstellt. Die „zu rechtlicher Bedeutung gelangte" Tätigkeit des Fernschreibers im Geschäftsverkehr bildet nun den Gegenstand der vorliegenden Arbeit. Sie will alle privatrechtlichen Fragen behandeln, die auf den Fernschreiber Bezug haben, aber nur insoweit, als die Verwendung des Fernschreibers diesen Rechtsfragen „ein besonderes Gepräge" verleiht.

Der Verfasser untersucht zunächst die ferngeschriebene Willenserklärung selbst, ihr Wirksamwerden und das Ausbleiben des Wirksamwerdens. Zu dem erstgenannten Punkt erläutert der Verfasser den Begriff des „Zugangs" im allgemeinen unter Würdigung der Rechtslehre und der oberstrichterlichen Rechtsprechung, wendet sich sodann der Begriffsbestimmung dieses Wortes für den Fall zu, daß der Fernschreiber in Tätigkeit tritt und kommt schließlich auf das „Wirksamwerden" im Fernschreibverkehr zu sprechen. Die Untersuchung gelangt zu dem Ergebnis, daß „Wirksamwerden" nicht immer „Zugang" bedeutet, d. h. den Eintritt der Möglichkeit der Kenntnisnahme, sondern „übergehen der Gefahrtragung" auf den Erklärungsempfänger „wegen Übertritts der Botschaft in seine Interessensphäre". Dieser Übergang bestimme sich im Fernschreibverkehr nicht nach einem äußeren Erfolg, der tatsächlichen Lesbarkeit der Erklärung, sondern nach der Vornahme der Handlung des Absenders, die — von ihm aus betrachtet — die Erklärung mit Sicherheit herstelle. Habe der Absender alles getan, was zur Herstellung einer lesbaren Erklärung seinerseits möglich und erforderlich sei, dann habe er dadurch „die Interessensphäre des Adressaten" erreicht, der nun mit der Arbeitsleistung des Absenders anfangen könne, was er wolle. Der Empfänger trage nunmehr die Gefahr. In ihrem weiteren Verlaufe gelangt die Arbeit zu dem Ergebnis: der Absender ist für die Tätigkeit des Empfangsapparates, der Empfänger für dessen gebrauchsfertigen Zustand verantwortlich. Bei der Frage des Ausbleibens des Wirksamwerdens beschäftigt sich der Verfasser mit der juristischen Lösung des Falles, daß einer Willenserklärung des Absenders der „Eintritt in die Interessensphäre" des Empfängers aus Gründen, die in dessen Person liegen, unmöglich gemacht wird. Die früheren bereits vorliegenden und in der besprochenen Darstellung wiedergegebenen Lösungsversuche zu dieser Frage lehnt der Verfasser als unzureichend ab. Er unternimmt nun selbst den Versuch, die von ihm festgestellte Gesetzeslücke „im Wege der Interessenabwägung auszufüllen. Dabei beschränkt er sich auf die Fälle der Wirksamkeitsverhinderung, die keine unerlaubten Handlungen darstellen. Nach der zu billigenden Ansicht des Verfassers wird — mangels besonderer Parteivereinbarung — „jede Entgegennahmepflicht durch die dem jeweiligen Empfänger zur Verfügung stehenden Nachrichtenmittel", z. B. durch den Besitz eines Fernschreibers, bestimmt. Die weiteren Ausführungen über schuldhafte und schuldlose Wirksamkeitsverhinderung sowie über den Umfang der Haftung des Empfängers in solchen Fällen können zwar nicht in allen Punkten überzeugen, sie verdienen aber wegen ihrer weitreichenden juristischen Unterteilung und Gründlichkeit Beachtung. In den Schlußabschnitten der Arbeit (Vertragsschluß im Fernschreibverkehr, Bedeutung der durch Fernschreiber hergestellten Schriftstücke für die zivilrechtlichen Formvorschriften wie auch für ihre Urkundeneigenschaft) kommen teilweise schon bekannte Dinge zur Sprache.

Bei der „Jugend" des Fernschreibverkehrs müssen sich, wie

der Verfasser gelegentlich bemerkt, Verkehrssitten und Handelsbräuche erst entwickeln. Um so begrüßenswerter erscheint der Versuch des Verfassers, dieses juristische Neuland rechtskritisch zu erforschen. Er gelangt — gemäß dem heutigen Stand der Frage — fast durchweg zu brauchbaren Ergebnissen. Die Arbeit verdient volle Beachtung bei allen beteiligten Kreisen. Eine Neubearbeitung wird an Klarheit und Faßlichkeit noch gewinnen, wenn die allzu „akademisch" anmutenden zahlreichen Fremdwörter, manchmal in Überfülle geboten (vgl. z. B. S. 43), durch ebenbürtige gute deutsche Ausdrücke ersetzt werden.

Oberpostrat Dr. Hellmuth, Nürnberg.

Dr. **Hans Würdinger**, Professor in Göttingen: **Theorie der schlichten Interessengemeinschaften.** Beiheft 1 der „Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Konkursrecht". Stuttgart 1934. Ferdinand Enke Verlag. Preis 4 *RM*.

Der Verf. prüft in eingehender Weise nach, welche rechtspolitischen Grundgedanken die gesetzliche Regelung der einzelnen Fälle der Interessengemeinschaften beherrschen, um dann zu untersuchen, inwieweit diese Grundgedanken auch auf die gesetzlich nicht geregelten Fälle anwendbar sind. Bei seinen Darlegungen geht der Verf. von den bisherigen Lösungsversuchen, insbes. von denen von Jhering (JheringsJ. X, 245 ff.) und von Heck (Das Recht der großen Haverei, S. 553 und Grundriß des Schuldrechts, § 122) aus und kommt dabei zu dem Ergebnis, daß man bisher in der Wissenschaft der Ansicht gewesen sei, daß allgemeine Regeln, welche auf Interessengemeinschaften allgemein Anwendung finden konnten, unerfindlich seien. Demgegenüber habe die Rechtsprechung eine andere Meinung vertreten, wie das RG.: RGZ. 84, 128 = JW. 1914, 464 ergäbe.

Dann stellt der Verf. die Grundtatbestände der Interessengemeinschaften dar. Er unterscheidet dabei die „Zweckgemeinschaften" und die Gemeinschaften, die nicht auf gemeinschaftlicher Zielverfolgung beruhen. Nur diese bezeichnet er als „schlichte Interessengemeinschaften". In seinen weiteren Ausführungen untersucht der Verf. die rechtspolitischen Grundgedanken der gesetzlichen Regelung der Gemeinschaft nach §§ 741 ff. BGB., um dann die Rechtslage bei der Sammelsendung, dem Sammellager (§ 419 HGB.), dem Sammeldepot (§ 2 DepotG.) und dem Depositum irregulare (Summendepot) darzustellen. Nachdem der Verf. kurz auf die große Haverei eingegangen ist, betrachtet er schließlich die Konkursgläubiger als Interessengemeinschaft.

Der Verf. stellt als rechtspolitischen Grundsatz, der sich aus den gesetzlich geregelten Einzelfällen ergäbe, den Grundsatz der gleichmäßigen Behandlung der Beteiligten auf. Er befindet sich damit in krassem Gegensatz zu de Boor, „Die Kollision von Forderungen", der es auf das schärfste ablehnt, aus einer Interessengemeinschaft der Gläubiger den Verteilungsgrundsatz zu folgern.

Schließlich grenzt der Verf. den Anwendungsbereich der Gemeinschaftsgrundsätze ab.

Wenn die interessant geschriebene Broschüre auch nicht die endgültige Lösung des aufgeworfenen Problems enthält — was der Verf. übrigens auf S. 5 selbst erklärt —, so stellt sie in ihrer Gründlichkeit und Klarheit doch einen wertvollen Gewinn unseres wissenschaftlichen Schrifttums dar. Besonders dankenswert ist es, daß der Verf. sich von reinen Gedankenkonstruktionen ferngehalten hat.

AGR. Dr. Karl-August Crisolli, Berlin.

Wirtschaft und Werbung. Heft 1 der Schriftenreihe der Zeitschrift „Die deutsche Volkswirtschaft — Nationalsozialistischer Wirtschaftsdienst". Berlin 1935. Haude & Spenersche Buchhandlung Max Paschke. Preis 1 *RM*.

Das Heft gibt in einer Reihe von Beiträgen, deren Verfasser aufs engste an der Neugestaltung der Wirtschaftswerbung mitgearbeitet haben, einen erschöpfenden Überblick über Wege und Ziele nationalsozialistischer Werbung als unentbehrlichem Hilfsmittel für die Wirtschaft.

Das Kernproblem der Neugestaltung — Vereinigung schöpferischer Freiheit und gemeinwirtschaftlich bedingter Gebundenheit und Ordnung in der Werbung — behandelt Prof. Dr. Hunke in dem Aufsatz „Die Marktordnung in der Werbewirtschaft. (Freie oder gebundene Werbung?)" Er geht von drei Grundthesen des Nationalsozialismus aus, auf denen die Werbung — und ebenso das künftige Wettbewerbsrecht aufbauen müssen: das Prinzip der Schaffensfreiheit, der diesem übergeordnete Satz „Gemeinnutz vor Eigennutz" und das Ausleseprinzip. Die durch den Werberat geschaffene „Marktordnung" der Werbung bedeutet Freiheit des ehrbaren Kaufmanns in der Werbung, nicht Reglementierung. Als wichtigste bereits erfüllte Punkte bei der Neuschaffung des lauteren Wettbewerbs bezeichnet Hunke die Beseitigung ungeeigneter Werbeträger und Werbemittel und vor allem den Grundsatz der Preistreue. — RA. Culemann entwickelt die Ziele der Neuen Rechtssetzung im Werbewesen, die sich aus den Allgemeinzielen der Wirtschaftspolitik ergeben. Er behandelt u. a. das Verbot, den Wettbewerber herabzusetzen sowie die Bestimmungen über das Werbegeschäft (z. B. den Plakatanschlag) und über den Umfang der Werbung. — Die Aufgaben der Werbeorganisationen behandelt der stellvertr. Vors. der Reichsfachschaft deutscher Werbefachleute; in diesem Aufsatz wird auf die Stellung einer Reihe von Verbänden eingegangen, wie z. B. der Reichsverband für Außenwerbung, ferner der Reichsausschuß für volkswirtschaftliche Aufklärung und das Institut für deutsche Wirtschaftspropaganda.

Auf die Rechte und Pflichten der Werbungsmittler geht der Aufsatz über „Die wirtschaftliche Bedeutung der Werbungsmittlung" von Metzger ein. „Sinn und Wege wirtschaftlicher Auslandswerbung" — gerade heute eines der wichtigsten wirtschaftlichen Probleme — und die Fragen der „Gemeinschaftswerbung" behandeln von Schleich und Kupferberg. Für den Anwalt ist insbes. der Aufsatz von Dangmann über „Vergleichende Werbung" wichtig. In ihm sind die Auffassungen der vergangenen Epoche und des Nationalsozialismus gut gegenübergestellt. Dangmann bezeichnet mit Recht das Heranziehen persönlicher Verhältnisse des Wettbewerbers als unzulässig. Bei der vergleichenden Werbung unterscheidet er zwischen „anlehnendem Vergleich", durch den der gute Ruf fremder Waren für die eigenen nutzbar gemacht wird und die er gleichfalls als unzulässig bezeichnet — und zwischen „kritisierender" Werbung, bei der sachlich die Unterschiede zwischen zwei im Wettbewerb stehenden Waren hervorgehoben werden. Diese Werbungsart ist vom RG. eine Zeitlang als unzulässig bezeichnet worden, in neueren Entscheidungen jedoch bei „besonders gelagerten Fällen für erlaubt erachtet worden (vgl. RG.: JW. 1934, 1490). Es ist Dangmann beizustimmen, daß ein sachlicher derartiger Vergleich nicht immer für unzulässig erklärt werden kann; ja ich halte ihn sogar — eben unter der Voraussetzung, daß es sich dabei eben wirklich um sachliche, nicht herabsetzende, wahre und klare Werbung handelt, wohl in sehr vielen Fällen für zulässig, da er dem Leistungsprinzip entspricht. In den Fällen, in denen sich solche Vergleiche nicht vermeiden lassen, bejaht auch Dangmann die grundsätzliche Zulässigkeit vergleichender Werbung.

Eine Reihe von weiteren Aufsätzen befassen sich dann noch mit den Sondergebieten der Werbung, so ein Aufsatz von Prüfer über „Zeitung und Anzeige", von Ruban über das „Messe- und Ausstellungswesen", von MinR. Eggers über Verkehrswerbung, ferner Beiträge über das Bogenanschlagswesen, die Filmwerbung, die Buchwerbung sowie schließlich die landwirtschaftliche Werbung, die in einem Aufsatz von Motz im Zusammenhang mit der Erzeugungsschlacht behandelt wird.

Ein umfangreiches Schrifttumsverzeichnis ergänzt das außerordentlich lesenswerte Heft.

RA. Dr. Hans Peter Danielcik, Berlin.

Dr. **Walter Blümich**, Ministerialrat im Reichsfinanzministerium: **Einkommensteuergesetz vom 16. Oktober 1934** mit Durchführungsverordnungen und Verwaltungsanweisungen. Berlin 1935. Verlag Franz Vahlen. Preis geb. 8,70 *RM*.

Der Verf. ist an der Ausarbeitung des Gesetzes maßgeblich beteiligt gewesen und kennt daher genau alle Zweifelsfragen und Schwierigkeiten, die sich trotz allem immer noch an die Anwendung des Gesetzes knüpfen. Er kennt aber auch die Einstellung des Ministeriums zu diesen Fragen, so daß seinen Ausführungen besondere Bedeutung zukommt.

Trotz des frühen Erscheinungszeitpunktes des Buches ist es möglich gewesen, die Veranlagungsrichtlinien nicht nur mitabzudrucken, sondern sie auch in die Erläuterung des Gesetzes überall einzuarbeiten. Ebenso ist das Steuerumwandlungsgesetz mit seiner 2. DurchfVO. vom 8. März 1935 berücksichtigt und erläutert.

So wird jeder Benutzer in dem Buch mit seinen eingehenden Anhängen alles das finden, was für die erstmalige Anwendung des neuen EinkStG. notwendig ist. Den später zu erwartenden wissenschaftlichen Erläuterungswerken kann und will das Buch nicht vorgreifen.

RA. Dr. Delbrück, Stettin.

Die neue Vergleichsordnung. Erläuterte Handausgabe von RA. Dr. **P. Danielcik** und **Otto Küch**, Referent in der Reichswirtschaftskammer. Berlin 1935. Verlag Reimar Hobbing GmbH. Preis kart. 3,60 *RM*.

Die Besprechung des Buches erfolgt demnächst.

Rechtsprechung

Reichsgericht: Zivilsachen

Berichtet von den Rechtsanwälten beim Reichsgericht Justizrat Dr. Kaiser und Huber

**1. §§ 29 ff., 50 ff., 53 und 54, 57, 58, 60 BG., §§ 762, 764 BGB.

I. Hat eine bürgerliche Gesellschaft den Abschluß von Börsentermingeschäften zum Gegenstand, so sind auch — vom Differenzeinwand abgesehen — die Verbindlichkeiten aus einem solchen Gesellschaftsvertrage gemäß § 60 BG. wirksam, wenn die Termingeschäfte nach Maßgabe der §§ 52 bis 59 BG. verbindlich sind; im Falle des § 53 BG. also, wenn beide Vertragschließenden börsentermingeschäftsfähig sind. Handelt es sich dabei um Börsentermingeschäfte, die zugleich Differenzgeschäfte i. S. von § 764 BGB. sind, so ist die Erhebung des Differenzeinwandes auch gegenüber den Ansprüchen aus dem Gesellschaftsvertrage nach der im § 60 BG. bestimmten Anwendung des § 58 BG. ausgeschlossen und der Gesellschaftsvertrag daher voll wirksam, wenn dieser den Abschluß von Termingeschäften in Waren oder Wertpapieren zum Gegenstand hatte, die zum Börsenterminhandel zugelassen waren.

II. Hat der Gesellschaftsvertrag nicht den Abschluß von Börsentermingeschäften, sondern von Kassageschäften zum Gegenstand, so ist gegenüber den Ansprüchen aus dem Gesellschaftsvertrage der Spieleinwand gegeben. Denn gegenüber Kassageschäften bleibt der Spieleinwand nach § 762 BGB. — da für jene eine dem § 58 BG. entsprechende Regelung nicht besteht — unbeschränkt zulässig; es hätte einer dem § 60 BG. entsprechenden besonderen Regelung bedurft, wenn beabsichtigt worden wäre, gegenüber Ansprüchen aus Gesellschaftsverträgen, die Kassageschäfte betrafen, den Spieleinwand nicht zuzulassen. †)

Der Kl. hat folgendes geltend gemacht:

Die Parteien hätten im März 1926 vereinbart, auf den Namen des Kl., aber auf gemeinschaftliche Rechnung Börsengeschäfte in Wertpapieren zu machen. Das sei dann auch ausgeführt worden. Dabei habe sich schließlich ein Verlust von 50 246,30 *RM* ergeben. Der Bekl. habe davon die Hälfte zu tragen. Zuzüglich Zinsen und Spesen belaufe sich der Verlustanteil des Bekl. auf insgesamt 37 216,90 *RM*, worauf der Bekl. bisher nur 6600 *RM* abschläglich bezahlt habe.

Der Kl. hat demgemäß auf Zahlung eines Teilbetrages von 3000 *RM* Klage erhoben.

Der Bekl. hat um Klageabweisung gebeten und zugleich wegen eines Teilbetrages von 6100 *RM* des von dem Kl. über die eingeklagten 3000 *RM* hinaus behaupteten Anspruches Feststellungswiderklage erhoben mit dem Antrage auf Feststellung, daß er dem Kl. über die eingeklagten 3000 *RM* hinaus auch nicht weitere 6100 *RM* schuldig sei.

Das LG. hat der Klage stattgegeben und die Widerklage abgewiesen, das OLG. die Ber. des Bekl. zurückgewiesen.

Das BG. hat für dargetan erachtet, daß die Parteien einen Gesellschaftsvertrag miteinander abgeschlossen hatten, nach welchem sie Börsengeschäfte, die der Kl. nach außen lediglich auf seinen Namen abschließen sollte, auf gemeinsame Rechnung betreiben wollten. Es lag danach also eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts vor, und zwar eine sog. Innengesellschaft. Auch für die Innengesellschaft gilt, soweit etwas anderes nicht vereinbart worden ist oder sich aus den Umständen ergibt, die Vorschr. des § 722 BGB., welche bestimmt, daß jeder Gesellschafter ohne Rücksicht auf die Art und Größe seines Beitrages einen gleichen Anteil am Gewinn und Verlust habe. Das BG. hat hiernach ohne Rechtsirrtum angenommen, daß der Bekl. an den Verlusten der Gesellschaft zur Hälfte beteiligt war. Aus der von ihm vorgebrachten Tatsache, er habe dem Kl. vor Abschluß des Vertrages davon Mitteilung gemacht, daß er nicht das geringste Vermögen besitze und noch Schulden an seinen Schwiegervater abzuzahlen habe, ist in keiner Weise zu entnehmen, daß die Absicht der Parteien dahin gegangen ist, der Bekl. solle, wie er behauptet hat, nur am Gewinn, nicht aber am Verlust beteiligt sein. Es ist eine bekannte Tatsache, daß gerade Personen, die sich in ungünstiger Vermögenslage befinden, Börsengeschäfte betreiben oder sich an solchen Geschäften beteiligen in der Hoffnung, auf diese Weise ihre ungünstigen wirtschaftlichen Verhältnisse aufzubessern. Dann sind sie aber auch, wenn die Beteiligung im Rahmen eines Gesellschaftsvertrages erfolgt und etwas Gegenteiliges nicht vereinbart ist, verpflichtet, zu ihrem Anteil den aus den Geschäften sich ergebenden Verlust zu tragen. Die Erwägung des BG., für die Ansicht des Bekl., er brauche für Verluste nur insoweit aufzukommen, als die Verluste sich aus dem Gewinn decken ließen, fehle jeder Anhalt, ist deshalb rechtlich nicht zu beanstanden.

Der Bekl. hat die Rechtsgültigkeit des zwischen den Parteien abgeschlossenen Gesellschaftsvertrages geleugnet; er ist der Ansicht, daß der Vertrag keine Rechte und Pflichten zwischen den Parteien zu begründen vermocht habe, weil er den Abschluß von Differenzgeschäften i. S. des § 764 BGB. zum Gegenstande gehabt habe.

Das BG. hat die tatsächliche Richtigkeit dieses Einwandes des Bekl. dahingestellt gelassen und hat auch auf der Grundlage des Vorliegens von Differenzgeschäften den Anspruch des Kl. auf Erstattung des anteiligen Verlustes für begründet erachtet.

Differenzgeschäfte, die dem Spiele gleichstünden, seien an sich nicht gesetzwidrig. Sie begründeten zwar im Regelfall keine Verbindlichkeit. Eine gewisse rechtliche Wirkung gestehe ihnen das Gesetz aber dadurch zu, daß es eine Rückforderung des daraus Geleisteten wegen ihrer grundsätzlichen Unverbindlichkeit nicht zulasse (§ 762 BGB.). Völlig gemißbilligt würden sie also durch das Gesetz nicht. Infolgedessen könnten sie nicht als gesetzlich verboten gelten, und auch ein Verstoß gegen die guten Sitten könne darin nicht ohne weiteres gefunden werden. Ein Gesellschaftsvertrag, der Differenzgeschäfte zum Ziele habe, sei daher nicht als nichtig zu betrachten, so daß er unter den Vertragschließenden die beabsichtigten Rechtsfolgen zu erzeugen vermöge. Dazu komme, daß der Kl., auf dessen Namen die Geschäfte vereinbarungsgemäß gehen sollten, die Börsentermingeschäftsfähigkeit nach § 53 BG. besessen habe. Endlich würde eine Unklagbarkeit der Spekulationsverluste des Kl. auch nicht die Unklagbarkeit seiner aus dem Gesellschaftsvertrage hervorgehenden Beitragsansprüche gegen den Bekl. zur Folge haben.

Diese Erwägungen des BG. halten, jedenfalls in ihrer Allgemeinheit, einer rechtlichen Nachprüfung nicht stand.

Die Rechtslage ist verschieden zu beurteilen, je nachdem es sich bei den von dem Bekl. behaupteten Differenzgeschäften um sog. Kassageschäfte oder um Zeitgeschäfte (Börsentermingeschäfte) — §§ 29, 50 ff. BG. — gehandelt hat. Beide Arten von Börsengeschäften können sich als Differenzgeschäfte darstellen.

Das BG. hat darüber, ob den Gegenstand des Gesellschaftsvertrages Kassageschäfte oder Börsentermingeschäfte gebildet haben, Feststellungen nicht getroffen. Die rechtliche Untersuchung hat deshalb unter beiden Gesichtspunkten zu erfolgen.

Börsentermingeschäfte und Kassageschäfte sind an sich wirkliche Kaufgeschäfte. Die Vertragschließenden wollen Waren oder Wertpapiere kaufen oder verkaufen. Durch den Beweggrund der Vertragschließenden wird die rechtliche Natur des Geschäfts an sich nicht berührt. Es ist also gleichgültig, ob der Zweck des Geschäfts der dauernde oder der vorübergehende Besitz des Kaufgegenstandes ist, ob letzterer zur festen Anlage bestimmt ist, oder ob er nur behufs Erzielung eines Gewinnes durch Weiterveräußerung vorübergehend, also zum Zwecke der Spekulation, erworben wird. Daran wird auch durch die Tatsache nichts geändert, daß im Wege der Verrechnung und Ausgleichung zwischen den ursprünglichen Vertragschließenden, die die gekaufte Ware von anderer Seite bezogen oder an eine dritte Seite weiterveräußert haben, lediglich der Preisunterschied zur Bezahlung gelangt.

Andererseits ist es aber auch durchaus denkbar, daß der Wille der Vertragschließenden nicht auf den Erwerb und die Veräußerung der Waren oder Wertpapiere, sondern nur auf Bezahlung eines Preisunterschiedes gerichtet ist, daß sie sich zwar der Form des Kassageschäfts oder des Termingeschäfts bedienen, in Wirklichkeit aber den durch die zufällige Gestaltung des Preises an einem späteren Tage sich ergebenden Preisunterschied, die Differenz, zum Gegenstande des Geschäfts gemacht wissen wollen. Alsdann liegt ein reines Spielgeschäft vor.

Zum weitaus größten Teil sind Differenzgeschäfte gleichzeitig Börsentermingeschäfte. Es können jedoch, wie auch das RG. in seiner neueren Rspr. anerkannt hat (vgl. dazu RGZ. 87, 24 = JW. 1915, 921[45]; 91, 42; ferner RG.: HoldheimMonSchr. 1916, 114 und Bankarchiv 28, 360; SeuffArch. 83 Nr. 186; 87 Nr. 89 und WarnRspr. 1933 Nr. 98), auch Umsatzgeschäfte, die sich äußerlich als Kassageschäfte darstellen, Spielgeschäfte sein. Immerhin wird bei Vorliegen unzweifelhafter Kassageschäfte der Spieleinwand einer besonders sorgfältigen Prüfung bedürfen, da die Natur des Kassageschäftes an sich gegen das Spielmotiv spricht.

I. Soweit der Gesellschaftsvertrag den Abschluß von Börsentermingeschäften zum Gegenstande hatte, bedarf es zunächst der Prüfung, ob aus einem solchen Gesellschaftsvertrage überhaupt — abgesehen von dem Differenzeinwande — Verbindlichkeiten für die Parteien erwachsen konnten.

Einschlägig ist in dieser Hinsicht der § 60 BG., der bestimmt, daß die Vorschriften der §§ 52 bis 59 (über Börsentermingeschäfte) auch Anwendung finden auf die Erteilung und Übernahme von Aufträgen, sowie auf die Vereinigung zum Zwecke des Abschlusses von nicht verbotenen Börsentermingeschäften. Diese Vorschrift soll verhindern, daß nicht börsentermingeschäftsfähige Personen (§ 53 BG.), indem sie sich mit börsentermingeschäftsfähigen Personen zum Abschluß von Börsentermingeschäften vereinigen und diesen den verbindlichen Abschluß der Geschäfte überlassen, im Wege der Abrechnung an den Börsentermingeschäften beteiligt werden. Es kann kein Zweifel darüber bestehen, daß diese Vorschrift ihrem Zwecke nach auch, und sogar gerade auf Innengesellschaften der bezeichneten Art Anwendung zu finden hat.

Schlechthin verbotene Börsentermingeschäfte (§ 50 BG.), die ohne weiteres die Nichtigkeit des Gesellschaftsvertrages begründen würden, standen im vorl. Fall offensichtlich nicht in Frage; es ist solches auch von dem Bekl. nicht behauptet worden.

Die §§ 52 bis 59 BG., auf welche der § 60 Bezug nimmt, unterscheiden zwischen ganz oder in beschränktem Umfange verbindlichen Termingeschäften und unverbindlichen Termingeschäften. Die Verbindlichkeit der Geschäfte könnte vorliegend, da die Best. der §§ 54, 56, nach denen eine Verbindlichkeit in beschränktem Umfange begründet wird, nicht zutreffen, auch der Fall einer nachträglichen Begründung einer Verbindlichkeit — § 57 — nicht gegeben ist, nach dem hier festgestellten Sachverhalt nur aus dem Gesichtspunkte des § 53 BG. in Frage kommen. Danach ist das Börsentermingeschäft verbindlich, wenn auf beiden Seiten als Vertragschließende Kaufleute, die in das Handelsregister eingetragen sind ..., beteiligt sind.

Der Kl. war als Kaufmann im Handelsregister eingetragen. Den Einwand des Bekl., der Kl. sei gleichwohl nicht termingeschäftsfähig, weil sein Gewerbebetrieb über den Umfang des Kleingewerbes nicht hinausgehe (§ 53 Abs. 1 Satz 2 BG.), hält das BG. nicht für begründet. Es geht dabei mit Recht davon aus, daß der Bekl. gegenüber der sich aus der Eintragung des Kl. im Handelsregister ergebenden tatsächlichen Vermutung der Vollkaufmannseigenschaft den Beweis für seine gegenteilige Behauptung zu erbringen habe. Die von dem Bekl. angeführten Umstände, aus denen sich ergeben soll, daß der Gewerbebetrieb des Kl. nicht über den Umfang des Kleingewerbes hinausgehe, erachtet das BG. für äußerlich und nicht durchgreifend gegenüber den die Vollkaufmannseigenschaft des Kl. begründenden Darlegungen des Kl. Dagegen ist vom Rechtsstandpunkte aus nichts zu erinnern, und es ist insbes. auch vom BG. mit Recht als nicht durchschlagend betrachtet worden, daß der Kl. selbst früher in einem Rechtsstreit eine andere Auffassung vertreten hat.

Die Börsentermingeschäftsfähigkeit des Kl. ist deshalb rechtlich einwandfrei nachgewiesen.

Um die Verbindlichkeit der Börsentermingeschäfte zu begründen, ist es jedoch nach § 53 BG. weiter erforderlich, daß auch der Bekl. börsentermingeschäftsfähig war. Die Börsentermingeschäftsfähigkeit des Bekl. ergibt sich aber ohne weiteres aus den Umständen.

Nach § 53 Abs. 2 Nr. 1 BG. stehen den im Abs. 1 bezeichneten Kaufleuten (hinsichtlich der Börsentermingeschäftsfähigkeit) gleich Personen, die zur Zeit des Geschäftsabschlusses oder früher berufsmäßig Börsentermingeschäfte oder Bankiergeschäfte betrieben haben ...

Die Termingeschäftsfähigkeit im Sinne dieser Vorschrift ist nicht davon abhängig, daß die berufsmäßige Ausübung von Börsentermingeschäften oder Bankiergeschäften in eigenem Namen geschehe; es können also nach dieser Vorschrift auch Direktoren (Vorstandsmitglieder), Handlungsbevollmächtigte, Angestellte von Firmen, die Börsentermin- oder Bankiergeschäfte betreiben, termingeschäftsfähig sein unter der Voraussetzung, daß der Betrieb der genannten Geschäfte zu den besonderen beruflichen Obliegenheiten des Direktors, Handlungsbevollmächtigten oder Angestellten gehört. Der Bekl. war in den Jahren 1926/27 (bis zum 30. April 1927) Bankdirektor. Es kann danach nicht zweifelhaft sein, daß er i. S. des § 53 Abs. 2 Nr. 1 BG. berufsmäßig Bankiergeschäfte betrieben, daß er mithin die Börsentermingeschäftsfähigkeit besessen hat.

Nach dem bisher vorl. Sachverhalt besaßen also beide Parteien die Börsentermingeschäftsfähigkeit, und daraus folgt — § 60 i. Verb. m. § 53 BG. —, daß der Gesellschaftsvertrag der Parteien, soweit er allgemein auf den Abschluß von Börsentermingeschäften gerichtet war, verbindlich war und die Pflicht des Bekl. begründete, den auf ihn entfallenden Verlustanteil zu tragen und dem Kl. zu erstatten.

Sollte sich in dem weiteren Verfahren dagegen etwa auf Grund neuen Vorbringens des Bekl. herausstellen, daß die Parteien oder eine von ihnen nicht die Termingeschäftsfähigkeit besaßen, so würde nach den bezeichneten Gesetzesbestimmungen ein verbindlicher Anspruch des Kl. auf anteilmäßige Tragung des Verlustes durch den Bekl., sofern der Gesellschaftsvertrag den Abschluß von Börsentermingeschäften zum Gegenstande hatte, nicht entstanden sein, und es würde deshalb das Klagebegehren der rechtlichen Grundlage entbehren, die Widerklage dagegen begründet sein.

Nach anderen Gesichtspunkten ist die Frage zu beantworten, wie die Rechtslage zu beurteilen ist, wenn es sich bei den Börsentermingeschäften um Differenzgeschäfte i. S. des § 764 BGB. gehandelt haben sollte. Das BG. hat das Vorliegen solcher Differenzgeschäfte als richtig unterstellt, gleichwohl aber den Klageanspruch für begründet und die Widerklage für unbegründet erachtet.

Der 6. ZivSen. des RG. hat in der Entsch. v. 19. Dez. 1898 (RGZ. 43, 148) in einem nach gemeinem Recht zu beurteilenden Falle ausgesprochen, aus der Nichtklagbarkeit des Spielvertrages für sich allein dürfe nicht die Unwirksamkeit eines zum Zwecke des erlaubten Spieles eingegangenen Gesell-

schaftsvertrages gefolgert werden, jedenfalls insoweit nicht, als nur die Klage auf anteilmäßige Tragung des eingetretenen Verlustes oder auf anteilmäßige Herausgabe des erzielten Gewinnes in Frage stehe.

Ob die in dieser Entsch. vertretene Auffassung in ihrer Allgemeinheit mit den heutigen Rechtsanschauungen über das Wesen des Spielvertrages in Einklang stände, mag dahinstehen. Auf Differenzgeschäfte, die zugleich Börsengeschäfte sind, können diese Grundsätze jedenfalls keine Anwendung finden, da insoweit auch hier die besondere Regelung des § 60 BG. eingreift. Für Differenzgeschäfte sowie Spielgeschäfte überhaupt fehlt es in dem BörsG. allerdings an einer dem § 60 BG. entsprechenden allgemeinen Best. Daraus wird im Schrifttum gefolgert, daß das, was § 60 bestimme, auf Differenzgeschäfte keine Anwendung finden könne. Das ist jedoch nur beschränkt richtig. Es ist eine Selbstverständlichkeit, daß § 60 auch für Differenzgeschäfte dann zu gelten hat, wenn die Differenzgeschäfte sich zugleich als Börsentermingeschäfte darstellen. Es wäre durchaus folgewidrig und würde jeden inneren Grundes entbehren, die Beschränkungen, die der § 60 — i. Verb. mit den §§ 52 bis 59 — BG. für die Wirksamkeit der Erteilung und Übernahme von Aufträgen sowie für die Vereinigung zum Zwecke des Abschlusses von nicht verbotenen Börsentermingeschäften enthält, auf solche Börsentermingeschäfte, welche zugleich Differenzgeschäfte sind und deshalb sinngemäß einer strengeren Beurteilung unterliegen müßten, nicht zu erstrecken. Die Geltung des § 60 auch für Differenzgeschäfte, soweit sie zugleich Börsentermingeschäfte sind, ergibt sich überdies auch ohne weiteres aus dem Gesetze insofern, als in § 60 auch die Vorschrift des § 58 (§§ 52 bis 59) für anwendbar erklärt ist, die sich gerade mit der Zulässigkeit des Differenzeinwandes bei Börsentermingeschäften befaßt.

Der hiernach auch für Gesellschaftsverträge anwendbare § 58 BG. bestimmt, daß gegen Ansprüche aus Börsentermingeschäften in Waren oder Wertpapieren, die zum Börsenterminhandel zugelassen sind (§ 50), von demjenigen, für welchen das Geschäft nach den Vorschriften der §§ 53, 54, 57 verbindlich ist, ein Einwand aus den §§ 762 und 764 BGB. nicht erhoben werden kann. Beide Parteien sind nach dem bisherigen Sachverhalt als termingeschäftsfähig anzusehen. Es bleibt hiernach nur noch die Frage zu entscheiden, ob die Börsentermingeschäfte, um die es sich handelte, in Wertpapieren erfolgt sind, die zum Börsenterminhandel zugelassen waren. Nach dieser Richtung hat das BG. Feststellungen nicht getroffen. Darauf kam es aber nach der Regelung des § 58 BG. entscheidend an. Soweit es sich um Wertpapiere handelte, die zum Börsenterminhandel zugelassen waren, ergibt sich aus der in § 60 verordneten Anwendung des § 58, daß dem Gesellschaftsvertrag der Parteien, auch soweit die Termingeschäfte in den zum Börsenhandel zugelassenen Wertpapieren Differenzgeschäfte waren, volle Wirksamkeit zukam, und daß den daraus hergeleiteten Ansprüchen der Differenzeinwand nicht entgegengesetzt werden konnte. Standen dagegen Termingeschäfte in nicht zugelassenen Wertpapieren in Frage, so war die Erhebung des Differenzeinwandes nach der Vorschrift des § 58 nicht ausgeschlossen, und daraus ergibt sich wiederum, daß dieser Einwand zufolge der in § 60 getroffenen Regelung auch gegenüber Ansprüchen aus einem Gesellschaftsvertrage, der den Abschluß von Termingeschäften in nicht zugelassenen Wertpapieren zum Gegenstande hatte, statthaft blieb.

Sofern es sich also um verbindliche Börsentermingeschäfte gehandelt hat, wird das BG. zunächst die Frage zu klären haben, ob es sich bei diesen Geschäften um Wertpapiere handelte, die zum Börsenterminhandel zugelassen waren oder nicht.

II. Es bleibt schließlich zu prüfen, wie die Rechtslage zu beurteilen ist, wenn der Gesellschaftsvertrag den Abschluß nicht von Börsentermingeschäften, sondern von Kassageschäften zum Gegenstande gehabt haben sollte. Kassageschäfte sind an sich rechtsgültig und vollverbindlich ohne Rücksicht auf die Termingeschäftsfähigkeit der Parteien; es kann deshalb auch die Verbindlichkeit eines Gesellschaftsvertrages, der den Abschluß von Kassageschäften betrifft, nicht in Zweifel gezogen werden. Ebenso unzweifelhaft ist aber auch, daß gegenüber Kassageschäften der Spieleinwand nach § 762 BGB., da für Kassageschäfte eine dem § 58 BG. entsprechende Regelung nicht getroffen worden ist, unbeschränkt zulässig bleibt. Der § 58 BG., der die Beschränkung des Differenzeinwandes für einen Teil der verbindlichen Börsentermingeschäfte anordnet, ist eine Sondervorschrift, die auf Kassageschäfte auch nicht entsprechend Anwendung finden kann.

Daraus folgt wiederum, daß auch gegenüber Ansprüchen aus Gesellschaftsverträgen, welche den Abschluß von Umsatzgeschäften zum Gegenstande haben, die sich äußerlich als Kassageschäfte darstellen, die Zulässigkeit des Spieleinwandes einer Beschränkung nicht unterliegt. Der § 60 BG. gilt zwar unmittelbar für Kassageschäfte nicht. Der Vorschrift des § 60 liegt indes der allgemeine Gedanke zugrunde, daß die Verbindlichkeit von Gesellschaftsverträgen, die Börsengeschäfte zum Gegenstande haben, und die Zulässigkeit des Spieleinwandes gegenüber Ansprüchen aus solchen Verträgen sich danach richten soll, ob und inwieweit die Börsengeschäfte selbst verbindlich waren und der Spieleinwand ihnen gegenüber zulässig blieb. Eine dem § 60 entsprechende Regelung für Kassageschäfte zu treffen, bestand kein Anlaß, da die Verbindlichkeit von Kassageschäften im Gegensatz zu Börsentermingeschäften nicht beschränkt werden sollte. Die Zulässigkeit des Spieleinwandes aber hat das Gesetz in § 58 nur für eine ganz bestimmte Art von Börsengeschäften, nämlich die verbindlichen Börsentermingeschäfte in Waren oder Wertpapieren, die zum Börsenterminhandel zugelassen waren, beschränkt, und es ist diese Beschränkung auch ausdrücklich in § 60 auf Ansprüche aus Gesellschaftsverträgen ausgedehnt worden. Da der Spieleinwand gegenüber Ansprüchen aus Kassageschäften unbeschränkt zulässig ist, hätte es einer besonderen Regelung bedurft, wenn beabsichtigt worden wäre, gegenüber Ansprüchen aus Gesellschaftsverträgen, die Kassageschäfte betrafen, den Spieleinwand nicht zuzulassen oder seine Zulässigkeit zu beschränken.

Betraf der Gesellschaftsvertrag also Kassageschäfte, so war der Bekl. an der Erhebung des Spieleinwandes nicht behindert.

Die Frage, ob Spielgeschäfte den Gegenstand des Gesellschaftsvertrages gebildet haben, wird nach alledem nur dann dahingestellt bleiben können, wenn

a) entweder Börsentermingeschäfte in zum Börsenterminhandel zugelassenen Wertpapieren in Frage standen und beide Parteien i. S. des § 53 börsentermingeschäftsfähig waren. Alsdann wäre der Klageanspruch nach den §§ 58, 60 BG. auch dann begründet und die Widerklage unbegründet, wenn die Termingeschäfte Differenzgeschäfte waren;

b) oder sich ergeben sollte, daß zwar Börsentermingeschäfte vorlagen, aber nicht beide Parteien termingeschäftsfähig i. S. des § 53 BG. waren. Alsdann wäre der Gesellschaftsvertrag unverbindlich, und es würde das Klagebegehren, ohne Rücksicht darauf, ob Differenzgeschäfte vorlagen oder nicht, der rechtlichen Grundlage entbehren und die Widerklage begründet sein.

(U. v. 26. Febr. 1935; II 241/34. — Dresden.) [v. B.]

Anmerkung: Ein interessantes Urteil, das die Verbindlichkeit von Gesellschaftsverträgen zu Spielzwecken klärt.

1. Der 6. ZivSen. hatte sich in seiner Entsch. v. 19. Dez. 1898 (RGZ. 43, 148) für das gemeine Recht auf den Standpunkt gestellt, daß aus der Nichtklagbarkeit des Spielvertrages nicht auf die Unwirksamkeit eines zum Zweck erlaubten Spiels eingegangenen Gesellschaftsvertrages geschlossen werden dürfe und hatte der Klage auf anteilige Tragung der etwaigen Verluste und Ausgaben sowie anteilmäßige Herausgabe des erzielten Gewinnes stattgegeben. Dem haben sich die meisten Schriftsteller auch für das BGB. angeschlossen.

Im Lehrbuch von Enneccerus-Lehmann (12.) S. 642 Anm. 6 ist dagegen der Standpunkt vertreten, daß eine derartige Auffassung auf Förderung des Spiels auf Kredit durch Gewährung des Rechtsschutzes hinauslaufe und deshalb die Klage auf Mittragung von etwaigen Auslagen und Verlusten abzuweisen sei.

Das RG. läßt in der obigen Entsch. diese grundsätzliche Frage zunächst offen und stützt das Urteil — soweit es sich um eine Ver-

einigung zum Abschluß von Börsentermingeschäften gehandelt hat — auf den § 60 BG. Da durch § 60 BG. die Vorschriften der §§ 52—59 BG. auch auf Vereinigungen zum Zwecke des Abschlusses nichtverbotener Börsentermingeschäfte ausdrücklich für anwendbar erklärt worden seien, müsse die Gesellschaft zum Abschluß von Börsentermingeschäften über amtlich zugelassene Wertpapiere zwischen terminfähigen Parteien grundsätzlich als verbindlich angesehen werden. Dem ist sicher beizupflichten.

Nicht minder der Erstreckung der §§ 52—60 BG. auf Börsentermingeschäfte, die gleichzeitig Differenzgeschäfte sind. Mit Recht bezeichnet das RG. unter Ablehnung abweichender Ansichten im Schrifttum diese Erstreckung als eine „Selbstverständlichkeit". Insoweit ist zur Begründung nichts hinzuzufügen.

2. Auf die grundsätzliche Frage, ob der Spieleinwand gegenüber einem Gesellschaftsvertrag zulässig sei, der keine derartigen Börsentermingeschäfte zum Gegenstand habe, geht das RG. erst im Schlußteil ein und beantwortet sie eindeutig dahin, daß der Spieleinwand unbeschränkt zulässig bleibe. Dem wird man, soweit es sich um den Anspruch auf Mittragung von Auslagen und Verlusten handelt, aus den unter 1 angeführten Erwägungen sicher zustimmen müssen. Fraglich bleibt nur, ob auch gegenüber einer Klage auf verhältnismäßige Herausgabe bereits gemachter Gewinne der Spieleinwand durchschlägt. Das habe ich in Enneccerus-Lehmann (12.) S. 642 oben verneint, da die Erhörung einer solchen Klage weniger die Förderung des Spiels als die Übertragung des bereits gezahlten Gewinns an den wahren Gewinner zur Folge hat.

Obwohl das RG. in unserer Entsch. den Spieleinwand unbeschränkt zulassen will, bleibt fraglich, ob es ihn auch gegenüber einem solchen Anspruch auf verhältnismäßige Herausgabe bereits gemachter Gewinne, wobei selbstverständlich die etwaigen Auslagen und Verluste abgezogen werden müßten, durchgreifen lassen würde.

3. Am zweifelhaftesten bleiben die Fälle, wo ein Differenzgeschäft in Form eines Kassageschäfts abgeschlossen wird.

Unter Preisgabe seiner früheren abweichenden Auffassungen hat das RG. in der Nachkriegszeit mit steigender Entschiedenheit anerkannt, daß ein Kassageschäft ein Spielgeschäft sein könne. Freilich trägt es Bedenken, auf derartige getarnte Differenzgeschäfte den Differenzeinwand des § 764 BGB. anzuwenden und versucht ihnen mit der Zulassung des Spieleinwandes nach § 762 BGB. beizukommen. Das hat aber sachlich keinen Unterschied in der Beurteilung zur Folge.

An dieser Auffassung, die z. B. von Düringer-Hachenburg-Breit (3.) Bd. V 1. Hälfte S. 434 Anm. 45 bekämpft wird, hält auch obiges Urteil fest.

Wenn man der Kassaspekulation gegenüber den Spiel- oder Differenzeinwand durchschlagen läßt, liegt es aber nahe, das als Kassageschäft getarnte Differenzgeschäft auf der ganzen Linie seiner wahren Natur entsprechend zu behandeln und den Differenzeinwand nach § 58 BG. in gleichem Umfange auszuschließen wie bei der Ultimospekulation, also soweit es sich um ein Kassageschäft in amtlich zugelassenen Wertpapieren zwischen termingeschäftsfähigen Parteien handelt. Die Hauptbedeutung der obigen Entsch. liegt darin, daß sie eine solche Anwendung des § 58 BG., die selbstverständlich nur als analoge in Betracht kommen kann, mit Entschiedenheit ablehnt. Dem ist durchaus beizupflichten.

Die Begründung des Urteils wirkt freilich etwas formalistisch, insofern sie sich lediglich auf den Charakter des § 58 BG. als einer Sonderrechtsnorm stützt. Das ist der bekannte Umkehrschluß. Ihm gegenüber bleibt die Frage offen, ob nicht auch eine analoge Anwendung gerechtfertigt werden könnte.

Die Entsch., ob ein Umkehrschluß oder Analogie geboten ist, kann nur auf Grund einer Bewertung der Interessenlage gewonnen werden. Eine solche muß freilich zur Ablehnung der Analogie führen. Denn die Bevorzugung des § 58 BG. verdienen nur Börsentermingeschäfte, die offen als solche auftreten. Es liegt für die Spekulation nahe, um den Einwand der mangelnden Termingeschäftsfähigkeit zu umgehen, die Form des Kassageschäftes zu wählen und dieses durch Stundungsabreden für die Differenzspekulation geeignet zu machen:

Eine solche Tarnung würde aber auch bei amtlich zugelassenen Wertpapieren und bei Geschäftsabschlüssen zwischen terminfähigen Parteien die Durchführung der nur für Termingeschäfte aufgestellten Sondervorschrift des § 58 BG. gefährden, der die Börsentermingeschäfte zwar wegen ihres wirtschaftlichen Wertes anerkennt, aber wegen ihrer Gefährlichkeit in engen Schranken halten will. Dieser Zweck läßt sich nur erreichen, wenn man die Anwendung des § 58 BG. auf die Börsentermingeschäfte beschränkt, die offen als solche auftreten und eine Nachprüfung ihrer Unbedenklichkeit unschwer gestatten.

Prof. Dr. Heinrich Lehmann, Köln.

*

****2. § 49 BGB. Ein Geschäft, das in den Rahmen der in § 49 fallenden Geschäfte fallen kann, ist grundsätzlich als ein solches anzusehen, das tatsächlich in diesen Rahmen fällt. Das gilt nur dann nicht, wenn die erforderliche sorgfältige Prüfung des Sachverhalts durch den Dritten ergibt, daß das Geschäft im einzelnen Fall nicht geeignet ist, als Liquidationsgeschäft zu dienen.**

Der Jungdeutsche Orden, e. V., bediente sich der Tageszeitung „Der Jungdeutsche" als seines Mitteilungsorgans. Herausgegeben wurde diese Zeitung von der Firma „Deutsche Presse GmbH.". An dieser Gesellschaft war der Hochmeister des Jungdeutschen Ordens allein oder wesentlich beteiligt. Die Zeitung wurde bei der Kl. gedruckt. Diese hatte der „Deutschen Presse" einen Wechselkredit eingeräumt, der am 7. Juli 1933: 77 654 *RM* betrug. Durch eine Urkunde von diesem Tage übernahm der beklagte Jungdeutsche Orden, der sich schon damals in Liquidation befand, für diese Schuld selbstschuldnerische Bürgschaft. Auf Grund dieser Bürgschaft verlangt die Kl. von dem Bekl. Zahlung von 8500 *RM* in allen drei Instanzen mit Erfolg.

Das BG. hat angenommen, daß die Übernahme der Bürgschaft in den Rahmen der dem Liquidator des Bekl. nach § 49 BGB. obliegenden Geschäfte falle. Hiergegen wendet sich die Rev. Sie macht geltend, daß es für den Bekl. als politischen Verein grundsätzlich nicht in den Bereich der Liquidationsgeschäfte gehören könne, eine Bürgschaft für Verpflichtungen zu übernehmen, die den Verein als solchen nicht im geringsten angingen und seinem Wesen nach nichts angehen könnten. Falls die Kl. auch nur die geringste Sorgfalt angewendet hätte, hätte ihr das nicht entgehen können. Diese Rüge ist nicht begründet.

Nach § 49 BGB. haben die Liquidatoren die laufenden Geschäfte zu beendigen, die Forderungen einzuziehen, das übrige Vermögen in Geld umzusetzen, die Gläubiger zu befriedigen und den Überschuß den Anfallberechtigten auszuhändigen. Das Gesetz enthält dann den Zusatz: Zur Beendigung schwebender Geschäfte können die Liquidatoren auch neue Geschäfte eingehen. Die Frage, in welcher Weise bei der Umgrenzung dieser Vorschrift einerseits dem Zweck der Liquidation, dem für die Tätigkeit der Liquidatoren in § 48 Abs. 2 BGB. eine grundlegende Bedeutung zugemessen ist, andererseits den Erfordernissen des redlichen Verkehrs Rechnung zu tragen ist, hat bereits bei der Entstehung des Gesetzes im Rahmen etwaiger allgemeiner Umgrenzung der Befugnisse, die sich aus gesetzlicher Ermächtigung ergeben, eingehende Erörterung gefunden — Prot. der II. Komm. 6 S. 136 ff. — und ist im Schrifttum nicht einheitlich beantwortet worden. Von den verschiedenen Auffassungen, die in dieser Beziehung vertreten sind (vgl. Planck, Bem. 2 zu § 49), haben zwei auszuscheiden, die den in Betracht kommenden Belangen nur nach je einer Richtung Rechnung tragen. Das ist einmal die Auffassung, daß die Vertretungsmacht der Liquidatoren unbeschränkt ist und die Liquidatoren nur dem Verein für die Geschäftsführung i. S. des § 49 verantwortlich sind. Das ist weder mit § 48 Abs. 2, wonach die Liquidatoren die rechtliche Stellung des Vorstandes nur haben, soweit sich nicht aus dem Zweck der Liquidation etwas anderes ergibt, noch mit § 49 zu vereinigen. Andererseits ist die Auffassung abzulehnen, daß die Vertretungsmacht der Liquidatoren auf die zum Zweck der Liquidation in § 49 bezeichneten Geschäfte derart beschränkt ist, daß alle Geschäfte, die nicht gegenständlich jenem Zweck entsprechen, außerhalb der Vertretungsmacht liegen. Damit würden die Belange des redlichen Geschäftsverkehrs völlig außer acht gelassen werden. Denn ob ein neues Geschäft i. S. des § 49 zur Beendigung der schwebenden Geschäfte in Wirklichkeit dient, ist von dem Vertragsgegner oft nicht zu erkennen, und zwar gerade in Fällen, in denen auch bei Beobachtung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt für den Antragsgegner kein Anlaß vorliegt, irgendwelche Erkundigung einzuziehen. Der Verkehr kann in solchen Fällen nicht dadurch zu Schaden kommen, daß nachträglich festgestellt wird, der Zweck des einzelnen neuen Geschäfts habe dem Ziel der Ab-

wicklung der Geschäfte des Vereins in Wirklichkeit nicht gedient. Man wird es daher als ausreichend ansehen müssen, wenn jedes Geschäft, das in den Rahmen der in § 49 bezeichneten Geschäfte fallen kann, grundsätzlich als solches angesehen wird; das wird nur dann nicht gelten können, wenn die erforderliche sorgfältige Prüfung des Sachverhalts durch den Dritten ergibt, daß das Geschäft im einzelnen Falle nicht geeignet ist, als Liquidationsgeschäft zu dienen (vgl. Planck a. a. O., Staudinger, Bem. VI zu § 49, RGRKomm., Bem. 2 zu § 49). Auch in dem RGZ. 72, 240 = JW. 1910, 41 abgedruckten RGUrt., das sich mit einem nach dem GenG. zu beurteilenden Sachverhalt zu befassen hatte, ist die Notwendigkeit betont, die dringenden Bedürfnisse des praktischen Lebens bei dieser Frage zu berücksichtigen und den Begriff des neuen Geschäfts möglichst eng und den des schwebenden Geschäfts möglichst weit zu fassen. Auf die weitere, im Schrifttum streitige Frage, wie es mit der Beweislast in bezug auf die erörterte Beobachtung der erforderlichen Sorgfalt des Dritten zu halten sei, braucht hier nicht eingegangen zu werden, da der Sachverhalt zu einer Stellungnahme in dieser Frage nicht nötigt. Denn das BG. nimmt folgendes an:

Da die Deutsche Presse die Zeitung des Jungdeutschen Ordens gedruckt habe, habe der Außenstehende annehmen müssen, daß zwischen dem Bekl. und der Deutschen Presse irgendwelche rechtsgeschäftliche Bindungen beständen. Nur in einem solchen Falle habe die Möglichkeit einer Bürgschaftsübernahme bestanden, und dann sei auch die Möglichkeit eines Abwicklungsgeschäfts gegeben gewesen. Diese auf tatsächlichem Gebiet liegenden Ausführungen können durch die Darlegungen der Rev. nicht erschüttert werden. Es kann der Rev. nicht zugegeben werden, daß ein in Liquidation befindlicher politischer Verein eine Bürgschaftsverpflichtung überhaupt nicht eingehen könne. Ein wichtiges Mittel zur Erreichung der Zwecke eines solchen Vereins ist das gedruckte Wort und damit die Benutzung eines Presseorgans. Beziehungen des Vereins „Jungdeutscher Orden" — auch rechtsgeschäftlicher Art — zu der Druckerei, welche die Zeitung „Der Jungdeutsche" druckte, konnten ohne Rechtsirrtum als naheliegend angesehen werden, zumal der Hochmeister des Ordens an dem Unternehmen der „Deutschen Presse", wenn nicht allein, so doch wesentlich beteiligt war. Außerdem konnte es im Rahmen der abzuwickelnden Angelegenheiten gerade eines politischen Vereins liegen, bei dem Bevorstehen der Beendigung seiner Tätigkeit für die Verbreitung der von ihm vertretenen Gedanken durch die Stützung des Verlags und damit des bisherigen Vereinsorgans in der Zukunft Sorge zu tragen.

(U. v. 4. Febr. 1935; VI 401/34. — Berlin.) [H.]
<= RGZ. 146, 376.>

*

****3.** § 139 BGB. **Zur Annahme der Totalnichtigkeit ist erforderlich, daß der Mangel dem Rechtsgeschäft von vornherein anhaftet. Tritt teilweise Nichtigkeit erst durch spätere, beim Vertragsschluß nicht vorauszusehende Umstände — z. B. neue Gesetze — ein, so ist § 139 nicht anwendbar. Der Umstand, daß ein Schiedsvertrag, der mit anderen Vertragsabreden zugleich geschlossen wurde, infolge § 1027 ZPO., Art. 9 III Nr. 5 Ges. v. 27. Okt. 1933 seine Wirksamkeit verliert, führt nicht zum Unwirksamwerden auch der übrigen Vertragsbestimmungen.†)**

Der Schiedsvertrag ist in derselben Urkunde wie der Mietvertrag enthalten, entspricht also nicht dem § 1027 Abs. 1 ZPO. n. F., der bestimmt, daß die über den Schiedsvertrag zu errichtende schriftliche Urkunde keine anderen Vereinbarungen als solche enthalten darf, die sich auf das schiedsgerichtliche Verfahren beziehen. Daher findet die Übergangsvorschrift des Art. 9 Abs. III Nr. 5 Ges. zur Änderung des Verfahrens in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten v. 27. Okt. 1933 Anwendung, nach der ein vor dem Inkrafttreten des Gesetzes abgeschlossener Schiedsvertrag, der den Erfordernissen des § 1025 Abs. 2 und des § 1027 ZPO. n. F. nicht entspricht, seine Rechtswirksamkeit verliert, sofern sich nicht die Parteien vor diesem Zeitpunkt bereits auf das schiedsrichterliche Verfahren zur Hauptsache eingelassen hatten. Ein solcher Ausnahmefall ist nicht gegeben. Hiernach ist davon auszugehen, daß der Schiedsvertrag mit dem 1. Jan. 1934 seine Rechtswirksamkeit verloren hat, und es erhebt sich die Frage, welchen Einfluß dies auf den Bestand des Mietvertrags hat, mit dem der Schiedsvertrag verbunden war.

Die Vorschrift des § 139 BGB. betrifft ihrem Wortlaut nach nur solche Fälle, in denen ein Teil eines Rechtsgeschäfts nichtig ist. Es kann nicht zweifelhaft sein, daß sie dann anwendbar ist, wenn bei Abschluß eines Schiedsvertrags nach dem 1. Jan. 1934 gegen die Formvorschrift des § 1027 ZPO. verstoßen wird, denn der Mangel der gesetzlich vorgeschriebenen Form hat nach § 125 BGB. die Nichtigkeit des Schiedsvertrags zur Folge. Anders verhält es sich aber im Falle der Übergangsvorschrift des Art. 9 Abs. III Nr. 5 Ges. vom 27. Okt. 1933. Hier lag bei Inkrafttreten des Gesetzes ein rechtswirksamer Schiedsvertrag vor. Das Gesetz bestimmt auch nicht etwa, daß ein vorher geschlossener Schiedsvertrag mit rückwirkender Kraft als nichtig anzusehen sei, sondern es schreibt nur vor, daß er „seine Rechtswirksamkeit verliert". Nun ist zwar in der Rspr. des RG. angenommen worden, daß § 139 BGB. seinem Sinne nach auch auf Geschäfte zu beziehen sei, deren Wirksamkeit von einer Genehmigung abhängt und die beim Fehlen der Genehmigung zum Teil unwirksam sind (RGZ. 93, 338; 114, 38 ff.; 120, 128 = JW. 1928, 960; 133, 14 = JW. 1931, 3107). Stets ist aber erforderlich, daß es sich um einen — entweder zur Nichtigkeit oder zur Unwirksamkeit führenden — Mangel handelt, der dem Rechtsgeschäft von vornherein anhaftet. Das folgt auch daraus, daß nach § 139 BGB. über den Bestand des Vertrags der zur Zeit des Vertragsschlusses vorhandene Wille der Parteien entscheidet (RGZ. 79, 304). Eine zur Zeit des Vertragsschlusses von ihnen in keiner Weise vorauszusehende Änderung der gesetzlichen Vorschriften hätte aber von ihrem Willen noch nicht erfaßt werden können.

Gegen die Anwendung des § 139 BGB. im Falle der Übergangsvorschrift des Art. 9 Abs. III Nr. 5 Ges. vom 27. Okt. 1933 sprechen aber auch noch sonstige Erwägungen. Es würde zu einer schweren Erschütterung des Bestandes zahlreicher in der Vergangenheit begründeter Rechtsverhältnisse führen, wenn es zu ihrer Aufrechterhaltung in jedem einzelnen Falle des Nachweises bedürfte, daß sie auch ohne den Schiedsvertrag eingegangen worden wären. Die Herbeiführung eines solchen Rechtszustandes hat dem Gesetzgeber ferngelegen. Mit den neuen Vorschriften der §§ 1025 Abs. 2, 1027 Abs. 1 ZPO. sowie mit anderen gesetzlichen Vorschriften verfolgt er das Bestreben, einem Mißbrauch der Schiedsgerichte zum Nachteil geschäftsungewandter Personen sowie einer Ausdehnung der Schiedsgerichtsbarkeit auf Streitigkeiten, für deren Entsch. sie sich nicht eignet, entgegenzutreten. Daß diese Neuregelung des Schiedsgerichtswesens nach dem Willen des Gesetzgebers nicht zu einer Gefährdung des Bestandes sonstiger, mit einem Schiedsvertrag in Zusammenhang stehender Rechtsverhältnisse führen soll, ergibt sich z. B. aus dem Gesetz über Schiedsabreden in Kartellverträgen v. 18. Dez. 1933, nach dem Schiedsabreden der genannten Art der Form des § 1027 nicht bedürfen, und aus § 91 Abs. 3 ArbGG. i. d. Fass. vom 10. April 1934, wonach dem § 1027 Abs. 1 ZPO. für arbeitsrechtliche Streitigkeiten keine rückwirkende Kraft zukommt. Ferner bestimmt § 2 Abs. 1 Satz 3 Ges. über die schiedsgerichtliche Erledigung privatrechtlicher Streitigkeiten des Reiches und der Länder v. 10. Okt. 1933 ausdrücklich, daß im Falle des Rücktritts des Reiches von einer Schiedsvereinbarung, die Teil eines Lieferungs- oder sonstigen Vertrags ist, der übrige Inhalt des Vertrags durch den Rücktritt nicht berührt wird. Art. 9 Abs. III Nr. 5 Ges. v. 27. Okt. 1933 enthält zwar keine solche ausdrückliche Vorschrift. Es kann aber hier nichts anderes gelten. Wie bereits der 7. ZivSen. in dem Urt. v. 9. März 1934 (RGZ. 144, 100 = JW. 1934, 1351[12]) ausgesprochen hat, trägt die Vorschr. der Nr. 5 a. a. O. einen Ausnahmecharakter. Wenn daher der Gesetzgeber bestimmt, daß der Schiedsvertrag seine Rechtswirksamkeit u. a. dann

verliert, falls er mit einer anderen Vereinbarung in derselben Urkunde verbunden ist, so kann dies nicht dahin ausgedehnt werden, daß auch die andere Vereinbarung ihre Rechtswirksamkeit verliere. Nur wenn etwa im einzelnen Falle der Schiedsvertrag mit der anderen Vereinbarung in einem derart engen Zusammenhang stünde, daß diese andere Vereinbarung für sich allein nicht bestehen könnte, müßte das Unwirksamwerden des Schiedsvertrags mit Rechtsnotwendigkeit auch das Unwirksamwerden der anderen Vereinbarung zur Folge haben. Ein solcher Fall liegt hier aber nicht vor. Es tritt nur die Entsch. des ordentlichen Gerichts an die Stelle der im Vertrage vorgesehenen Entsch. durch Schiedsrichter. Der Umstand, daß möglicherweise für einzelne der in Betracht kommenden Streitigkeiten das schiedsrichterliche Verfahren zweckmäßiger wäre als das Verfahren vor dem ordentlichen Gericht, kann nicht entscheidend ins Gewicht fallen.

(U. v. 28. Jan. 1935; IV 306/34. — Berlin.) [K.]
<= RGZ. 146, 366.>

Anmerkung: Der Entsch. ist im Ergebnis zuzustimmen, die Begründung halte ich zum größten Teil für bedenklich.

I. § 1027 Abs. 1 ZPO. lautet in seiner heutigen Fassung:

„Der Schiedsvertrag muß ausdrücklich geschlossen werden und bedarf der Schriftform. Andere Vereinbarungen als solche, die sich auf das Schiedsverfahren beziehen, darf die Urkunde nicht enthalten."

Das RG. meint, auch der zweite Halbsatz dieser Bestimmung enthalte eine gesetzliche Schriftform i. S. des § 125 BGB. Das ist nicht unzweifelhaft, wird aber im Ergebnis wegen des Zusammenhanges der beiden Halbsätze angenommen werden können.

Weiter stellt das RG. fest, daß auch § 139 BGB. anzuwenden sei, wenn nach dem 1. Jan. 1934 (Zeitpunkt des Inkrafttretens des § 1027 in der heutigen Fassung) in unzulässiger Weise ein Mietvertrag und ein Schiedsvertrag in einer einzigen Urkunde beurkundet worden ist.

II. Es liege aber grundsätzlich anders, falls schon vor dem 1. Jan. 1934 in dieser Weise verfahren worden ist.

1. Sicher ist, daß auf solche Fälle § 1027 Abs. 1 ZPO. nicht in seiner heutigen Fassung anzuwenden ist, sondern in der Fassung des Art. 9 Abs. III Ziff. 5 des Ges. v. 27. Okt. 1933, der lautet:

„Ein vor dem Inkrafttreten dieses Gesetzes abgeschlossener Schiedsvertrag, der den Erfordernissen des § 1025 II und des § 1027 ZPO. in der Fassung dieses Gesetzes nicht entspricht, verliert seine Rechtswirksamkeit, sofern sich nicht die Parteien vor diesem Zeitpunkt bereits auf das schiedsrichterliche Verfahren zur Hauptsache eingelassen haben."

a) Aus der Fassung des Gesetzes wird zu entnehmen sein, daß Schiedsverträge solcher Art nicht von Anfang an nichtig sind, sondern ihre Wirkungen erst vom 1. Jan. 1934 ab verlieren.

b) Das RG. meint aber weiter, hier sei § 139 BGB. nicht anzuwenden, weil dieser einen Mangel des Rechtsgeschäfts voraussetzt, der ihm „von vornherein anhaftet". Zur weiteren Begründung führt es dann aus: „Das folgt auch daraus, daß nach § 139 BGB. über den Bestand des Vertrages der zur Zeit des Vertragsschlusses vorhandene Wille der Parteien entscheidet (RGZ. 79, 304). Eine zur Zeit des Vertragsschlusses von ihnen in keiner Weise vorauszusehende Änderung der gesetzlichen Vorschriften hätte aber von ihrem Willen noch nicht erfaßt werden können."

2. Diese Begründung halte ich für falsch.

a) Auch in RGZ. 79, 304 ist lediglich unter Hinweis auf die Motive zum ersten Entwurf behauptet, daß „der zur Zeit des Vertragsschlusses vorhandene Wille der Parteien über den Bestand des Vertrages" entscheide. Der Hinweis auf die Motive ist jedoch irreleitend. In Bd. 1 S. 222 ist lediglich gesagt:

„Der maßgebliche Grundsatz muß in dieser Richtung sein, daß das ganze Rechtsgeschäft ungültig ist, sofern nicht erhellt, daß es auch ohne die ungültige Bestimmung gewollt sein würde."

Es fehlt insbes. in den Motiven jeder Anhalt dafür, daß man lediglich den zur Zeit des Vertragsschlusses wirklich vorhandenen Willen der Parteien habe entscheiden lassen wollen.

b) Die Annahme, daß der wirklich vorhandene Wille der Parteien und ihre wirklichen Vorstellungen für die Anwendung des § 139 BGB. maßgeblich seien, ist auch dem Sinne dieser Bestimmung geradezu zuwider. Sehr richtig hat das RG. 68, 322 = JW. 1908, 445 ausgeführt, daß überhaupt keine rechtsgeschäftliche Willenserklärung vorliege und § 139 BGB. nicht anzuwenden sei, wenn die Parteien die Nichtigkeit auch nur eines Teils wirklich gewollt haben. Wenn man aber § 139 BGB. ausschließlich auf die Fälle einer bedingten Vorstellung der Parteien über die Bedeutung der dem Rechtsgeschäft anhaftenden Mängel anwenden wollte, würde man seine Bedeutung in einer mit seinem Zweck nicht zu vereinbarenden Weise einschränken.

Sehr zutreffend führt daher v. Tuhr aus:

„Bei der Anwendung dieser Vorschrift hat sich der Richter in die Seele der Parteien zu versetzen und zu erwägen, was sie bestimmt hätten, wenn ihnen bewußt gewesen wäre, daß die unzulässige Klausel nicht zur Geltung kommen könne. Das ist nicht Auslegung des Parteiwillens; denn das Rechtsgeschäft ist tatsächlich in seinem vollen Umfange einschließlich des nichtigen Stücks gewollt; sondern eine Hypothese, die der Richter darüber aufzustellen hat, wie sich der Parteiwille unter gewissen Umständen gestaltet hätte. Auszugehen ist dabei von der Voraussetzung, daß die Parteien ihr Interesse in vernünftiger Weise abgewogen und geregelt hätten."

Eine derartige Hypothese könnte der Richter aber auch im Falle einer auf Grund einer Gesetzesänderung nachträglich eintretenden Teilnichtigkeit eines Rechtsgeschäfts aufstellen.

3. Auch den Satz: „Es würde zu einer schweren Erschütterung des Bestandes zahlreicher in der Vergangenheit begründeter Rechtsverhältnisse führen, wenn es zu ihrer Aufrechterhaltung in jedem einzelnen Falle des Nachweises bedürfte, daß sie auch ohne den Schiedsvertrag eingegangen worden wären", halte ich für bedenklich. Eine derartige Erwägung könnte in erster Linie Veranlassung für das Tätigwerden des Gesetzgebers bieten. Die Rechtsprechung wird solche Gedanken nur in dem bescheidenen Umfang der bekannten und allgemein anerkannten Bedeutung von Forderungen der Prozeßökonomie für das sachliche Recht verwenden dürfen.

4. a) Dagegen ist als grundsätzlich richtig anzuerkennen, daß § 139 BGB. nicht ausnahmslos gilt, daß es vielmehr gesetzliche Bestimmungen gibt, deren Inhalt oder Zweck die entgegengesetzte Regel über die Bedeutung des Teilmangels erfordert; vgl. die §§ 265, 566, 2085 BGB., die §§ 443 (RG. 62, 126), 476, 540, 619, 637 BGB. und § 309 HGB. sowie § 75 GmbHG. (RG. 114, 77 und 128, 5 = JW. 1930, 1387).

b) Der Zweck des § 1027 Abs. 1 besteht in folgendem: Es soll ein Schutz dagegen geschaffen werden, „daß sich jemand durch Unterzeichnung umfänglicher Vertragsvordrucke, Lieferungsbedingungen od. dgl. einer darin mehr oder weniger versteckt enthaltenen Schiedsklausel ohne deren genaue Kenntnis unterwirft" (Stein-Jonas, 15. Aufl., Bem. I 1 c zu § 1027 ZPO.). Es lag also dem Gesetzgeber lediglich daran, eine ungewandte Partei vor den Gefahren des versteckten Ausschlusses des ordentlichen Rechtsweges zu schützen. Diesem Zweckgedanken entspricht es aber grundsätzlich, die Unwirksamkeit solcher Schiedsklauseln auf sie selbst zu beschränken und nicht auch den übrigen Teil des Vertrages unwirksam erscheinen zu lassen. Insofern könnte man m. E. dem RG. im Ergebnis für den vorliegenden Fall zustimmen. Freilich würde sich von diesem Standpunkt aus schwerlich die vom RG. vorgenommene unterschiedliche Behandlung solcher Fälle, die sich vor dem 1. Jan. 1934 ereignet haben, und solcher, die erst nach diesem Zeitpunkt stattgefunden haben, rechtfertigen lassen.

RA. Dr. Matzke, Berlin.

*

****4. §§ 226, 242, 826 BGB.; §§ 252 Abs. 3, 266 Abs. 1 Satz 2, 271 HGB.; § 35 GmbHG.**

1. Wenn ein Vorstandsmitglied einer GmbH. als Gesellschafter die GmbH. so vollständig beherrscht, daß sich der Wille der GmbH. notwendig mit dem Willen des Vorstandsmitgliedes decken muß, dann müssen für die Frage der Stimmenthaltung in der GenVers. einer AktG. die Aktien der GmbH. wie persönliche Aktien des Vorstandsmitgliedes behandelt werden.

2. Ein Anfechtungsberechtigter muß sich gegebenenfalls entgegenhalten lassen, daß er mit der Anfechtung seine gesellschafterliche Treupflicht verletzt; dies ist besonders dann der Fall, wenn er die Anfechtungsklage dazu benutzt, ohne jedes gesellschaftliche Interesse der Gesellschaft seinen Willen aufzuzwingen. Einwand der unzulässigen Rechtsausübung.†)

In der ordentlichen GenVers. der bekl. AktG. vom 30. Nov. 1932 für das Geschäftsjahr 1931/32 wurden bei der Beschlußfassung über die Entlastung des Vorstandes von den 914 abgegebenen Stimmen 498 für und 416 gegen die Erteilung der Entlastung abgegeben. Unter den ersten waren 486 Stimmen, die der Sohn des Vorstandes Max W., der Direktor der Gesellschaft Justus W., abgegeben hatte. Die

416 Stimmen gegen die Entlastung wurden vom Kl. und seinem Bevollmächtigten abgegeben. Mit der Begr., Justus W. sei Legitimationsaktionär seines Vaters gewesen und habe sich daher an der Abstimmung nicht beteiligen dürfen, focht der Kl. den Beschl. der GenVers. im Wege der Klage an. Der Entlastungsbeschluß wurde darauf durch rechtskräftig gewordenes Urteil wegen Verletzung des Stimmverbotes nach § 252 Abs. 3 HGB. für nichtig erklärt.

Am 17. Dez. 1932 berief die Bekl. eine neue GenVers. auf den 10. Jan. 1933 ein.

Auf der Tagesordnung standen u. a. folgende Punkte: Aufhebung des Beschl. der GenVers. v. 30. Nov. 1932, betr. Entlastung des Vorstandes.

Neue Beschlußfassung über die Entlastung des Vorstandes. Die Frist für die zur Beteiligung an dieser GenVers. erforderliche Aktienhinterlegung lief am 6. Jan. 1933 ab.

In notarieller Urkunde v. 5. Jan. 1933 gründeten Max und Justus W. sowie beider Ehefrauen eine GmbH. unter der Firma „M. K.-GmbH." mit einem Stammkapital von 500 000 *RM*. Die Stammeinlagen wurden geleistet durch Einbringung von Aktien der beklagten AktG. in gleichem Nennbetrage. Als erste Geschäftsführer wurden von Max W., dem auf Lebenszeit das Recht zur Bestellung und Abberufung der Geschäftsführer eingeräumt wurde, Max und Justus W. bestellt. Jeder Geschäftsführer ist zur Alleinvertretung der Gesellschaft berechtigt.

Die Gesellschaft wurde noch am Tage der Gründung in das Handelsregister eingetragen. Am 6. Jan. 1933 hinterlegte sie 528 000 *RM* Aktien der Bekl. und meldete 528 Stimmen zur Teilnahme an der GenVers. vom 10. Jan. 1933 an.

In der GenVers. der Bekl. v. 10. Jan. 1933 waren 953 000 *RM* Aktien mit 953 Stimmen vertreten, und zwar durch den Kl. 416 Stimmen, durch die B.V.-Bank 9 Stimmen und durch die M. K.-GmbH., für welche JR. D. auf Grund einer von Justus W. ausgestellten Vollmacht auftrat, 528 Stimmen.

Die GenVers. beschloß mit 537 Stimmen, nämlich 528 Stimmen der M. K.-GmbH. und 9 Stimmen der B. V.-Bank gegen 416 Stimmen des Kl., dem Vorstande der Gesellschaft Entlastung zu erteilen, und lehnte mit 537 Stimmen gegen 416 Stimmen den von dem Kl. gestellten Antrag auf Prüferbestellung ab.

Gegen beide Beschl. erklärte der Kl. sofort Widerspruch zu Protokoll.

Mit der vorl. Klage beantragte der Kl., zu erkennen:

Der Beschl. der GenVers. der Bekl. v. 10. Jan. 1933 auf Erteilung der Entlastung an den Vorstand wird für ungültig erklärt und ist nichtig.

Das LG. erklärte die Beschl. der GenVers. v. 10. Jan. 1933 auf Erteilung der Entlastung und Ablehnung des Antrages auf Prüferbestellung für nichtig.

Das OLG. hat auf Abweisung der Klage erkannt.

Die Rev. des Kl. hatte Erfolg.

1. Das BG. geht zutreffend davon aus, daß nach dem von dem Kl. vorgetragenen Sachverhalt nicht die absolute Nichtigkeit der Beschl. der GenVers. der Bekl. v. 10. Jan. 1933, sondern nur deren Anfechtbarkeit in Frage kommt, da die Beschl. nicht ihrem Inhalt nach gegen die guten Sitten verstoßen, der behauptete Sittenverstoß vielmehr nur in der Art ihres Zustandekommens liegen soll (vgl. RGZ. 115, 379, 383 = JW. 1927, 1348; 131, 141, 145 = JW. 1931, 2976).

Es handelt sich um den Beschl., durch welchen dem Vorstande der Bekl. Entlastung erteilt worden ist, sowie um den Beschl., durch welchen der Antrag des Kl. auf Prüferbestellung abgelehnt worden ist. Daß auch dieser ablehnende Beschl. mit dem Ziele seiner Vernichtung angefochten werden kann, hat das BG. irrtumsfrei angenommen. Der Antrag auf Prüferbestellung war in der GenVers. ersichtlich auf Grund der Vorschr. des § 266 Abs. 1 Satz 1 HGB. gestellt worden. Diese Vorschr. kommt hier noch in ihrer ursprünglichen Fassung, nicht in der neuen Fassung zur Anwendung.

2. Der Kl. hat seine Anfechtung in erster Linie auf eine Verletzung der in § 252 Abs. 3 sowie in § 266 Abs. 1 Satz 2 HGB. enthaltenen Stimmverbote gestützt. Er ist der Ansicht, daß nach diesen Vorschr. der JR. D. auf Grund der ihm von Justus W. erteilten Vollmacht mit den Aktien der M. K.-G. mbH. von insgesamt nom. 528 000 *RM*, mindestens aber mit den nom. 300 000 *RM* Aktien dieser GmbH., welche Max W. in sie eingebracht hatte, das Stimmrecht nicht hätte ausüben dürfen.

Nach § 252 Abs. 3 HGB. hat derjenige, der durch die Beschlußfassung entlastet oder von einer Verpflichtung befreit werden soll, kein Stimmrecht, und er darf ein solches auch für andere nicht ausüben. Nach § 266 Abs. 1 Satz 2 HGB. in der neuen Fassung, die nach Art. XIII Abs. 1 NotVO. allgemein seit dem 1. Okt. 1931 in Kraft getreten ist und daher auch schon für die Beschlußfassung der GenVers. der Bekl. v. 10. Jan. 1933 maßgebend war (vgl. RGZ. 142, 123, 130/131 = JW. 1934, 90), können bei der Beschlußfassung (über die Bestellung von Prüfern zur Prüfung von Vorgängen bei der Gründung oder der Geschäftsführung) Aktionäre, die zugleich Mitglieder des Vorstandes oder Aufsichtsrats sind, weder für sich noch für einen anderen mitstimmen, wenn die Prüfung sich auf Vorgänge erstrecken soll, die mit der dem Vorstand oder dem Aufsichtsrate zu erteilenden Entlastung oder der Einleitung eines Rechtsstreits zwischen Mitgliedern des Vorstandes oder des Aufsichtsrats und der Gesellschaft im Zusammenhange stehen.

Die Stimmverbote der §§ 252 Abs. 3, 266 Abs. 1 Satz 2 HGB. betreffen hiernach die einem Vorstands- oder Aufsichtsratsmitglied der AktG. gehörigen Aktien, sofern das Vorstands- oder Aufsichtsratsmitglied entlastet werden soll oder die Bestellung von Prüfern zur Prüfung seiner Geschäftsführung in Frage steht. Voraussetzung für das Stimmverbot ist also, daß das betr. Vorstands- oder Aufsichtsratsmitglied Aktionär der Gesellschaft ist (abgesehen von dem hier nicht in Betracht kommenden, nur für § 252 Abs. 3 HGB. geltenden Fall, daß das Vorstands- oder Aufsichtsratsmitglied für einen Aktionär auftritt).

Unzweifelhaft ist hiernach, daß Max W. als Vorstandsmitglied der Bekl., falls er selbst Aktionär gewesen wäre, das Stimmrecht bei den beiden angef. Beschl. nicht hätte ausüben dürfen. Seine Aktionäreigenschaft bestand jedoch im Zeitpunkte der Abstimmung nicht mehr. Die Aktien, mit denen JR. D. auf Grund der ihm von Justus W. als dem allein vertretungsberechtigten Mitgeschäftsführer der M. K.-GmbH. erteilten Vollmacht das Stimmrecht ausgeübt hatte, waren in diese rechtswirksam begründete GmbH. von den bisherigen Eigentümern — Max W. und seinen Familienmitgliedern — eingebracht worden und damit in das Eigentum der GmbH. übergegangen. Diese GmbH. aber war durch die alleinige Tatsache, daß ihr Mitgeschäftsführer Max W. Vorstandsmitglied der AktG. war und die Beschlußfassung der GenVers. seine Entlastung und die Bestellung von Prüfern zur Prüfung seiner Geschäftsführung zum Gegenstande hatte, an sich nicht an der Stimmrechtsübung behindert. Bei der Rechtsgestaltung der GmbH. als einer selbständigen Rechtspersönlichkeit ist nach geltendem Rechte eine solche allgemein ausdehnende Anwendung der Stimmrechtsverbote ausgeschlossen, eben weil die Stimmrechtsverbote nur für den Aktionär gelten, der Geschäftsführer einer GmbH. aber im Hinblick auf die Selbständigkeit der Rechtspersönlichkeit der Gesellschaft nicht als Aktionär der der GmbH. gehörigen Aktien angesehen werden kann.

Der erk. Sen. hat in dem Urt. v. 4. Dez. 1934 (RGZ. 146, 71 = JW. 1935, 1236[6]), in Abweichung von der bisherigen Rspr. ausgesprochen, daß das Stimmrechtsverbot des § 266 Abs. 1 Satz 2 HGB. n. F. auch für solche Aktien zu gelten habe, die im Eigentum einer OHG. stehen, sofern ein Vorstands- oder Aufsichtsratsmitglied der AktG. der OHG. als Gesellschafter angehört, und sofern die Prüfung der Frage bezweckt wird, ob gegen die Mitglieder des Vorstandes oder Aufsichtsrats wegen ihrer Geschäftsführung Schadensersatzansprüche erhoben werden können. Für diese Beurteilung war jedoch der Gesichtspunkt entscheidend, daß bei der OHG. nach herrschender Auffassung das Gesellschaftsvermögen im Gesamthandeigentum

der Gesellschafter steht, daß die der OHG. gehörigen Aktien einen Teil des Gesellschaftsvermögens bilden, und daß deshalb auch den Gesellschaftern im Sinne der gedachten Gesetzesvorschriften die Eigenschaft von „Aktionären" zukommt. Eine entsprechende Anwendung dieser Grundsätze in ihrer Allgemeinheit auf die GmbH. ist jedoch mit Rücksicht darauf ausgeschlossen, daß bei dieser ein Miteigentum der Gesellschafter an dem Gesellschaftsvermögen nicht in Frage kommt.

3. Gleichwohl war in dem vorl. Falle nach dessen besonderer Gestaltung eine Ausübung des Stimmrechts für die der M. K.-GmbH. gehörigen Aktien nach den §§ 252 Abs. 3, 266 Abs. 1 Satz 2 HGB. ausgeschlossen. Es ergibt sich dies, unabhängig von dem zuvor Ausgeführten, unmittelbar aus Sinn und Zweck der genannten Gesetzesvorschriften. Diese gehen dahin: Handelt es sich bei der Beschlußfassung der GenVers. um die Entlastung eines Vorstands- oder Aufsichtsratsmitgliedes (oder um eine der sonstigen in § 252 Abs. 3 HGB. bezeichneten Maßnahmen), oder handelt es sich um die Bestellung von Prüfern zur Prüfung der Geschäftsführung des Vorstands oder des Aufsichtsrats zu dem Zwecke, Schadensersatzansprüche gegen die Vorstands- oder Aufsichtsratsmitglieder aus der Geschäftsführung herzuleiten (§ 266 Abs. 1 Satz 1 HGB.), so sollen Vorstands- und Aufsichtsratsmitglieder bei der Bildung des körperschaftlichen Willens durch Ausübung des Stimmrechts in der GenVers. nicht Richter in eigener Sache sein. Dies wäre aber nicht nur der Fall, wenn die Vorstands- oder Aufsichtsratsmitglieder mit ihren eigenen Aktien stimmten, sondern auch dann, wenn Aktien mitstimmen würden, auf deren Verwaltung die betr. Vorstands- und Aufsichtsratsmitglieder oder eines von ihnen von Rechts wegen einen entscheidenden Einfluß ausüben, weil auch insoweit eine freie und unabhängige, nur den Gesellschaftsinteressen dienende Stimmausübung im Hinblick auf die widerstreitenden Interessen des betroffenen Vorstands- oder Aufsichtsratsmitgliedes nicht gewährleistet wird. Deshalb kann es für die Frage des Vorliegens der Stimmverbote keinen Unterschied machen, ob das betroffene Vorstands- oder Aufsichtsratsmitglied im Rechtssinne Eigentümer der Aktien ist, oder ob die Aktien im Eigentum einer juristischen Person stehen, die eine derartige Gestaltung gefunden hat, daß sie von dem Willen des betroffenen Vorstands- oder Aufsichtsratsmitgliedes derart vollständig beherrscht wird, daß alle Rechtshandlungen, welche die juristische Person vornimmt, allein und ausschließlich von ihm bestimmt werden. Die juristische Person bildet hier nur die Rechtsform, unter welcher das Vorstands- oder Aufsichtsratsmitglied selbst die Rechte ausübt, die sich aus dem Aktienbesitze der juristischen Person ergeben. Das Vorstands- und Aufsichtsratsmitglied, das in dieser Weise den Aktienbesitz der juristischen Person beherrscht und über die Ausübung ihres Stimmrechts entscheidet, ist im Sinne der bezeichneten Gesetzesvorschriften einem Aktionär gleichzustellen. Eine solche Gleichstellung der juristischen Person mit der hinter ihr stehenden natürlichen Person, welche ihr Tun und Lassen rechtlich allein bestimmt, ist in der Rspr. des RG. auch bereits für andere Fälle anerkannt worden (vgl. z. B. RGZ. 130, 340, 343 = JW. 1931, 582; RGZ. 143, 429, 431 = JW. 1934, 1784). Es hieße die Form über die Sache stellen, wollte man in den Fällen des § 252 Abs. 3 und des § 266 Abs. 1 Satz 2 HGB. die Stimmrechtsausübung für Aktien einer juristischen Person zulassen, welche verfassungsgemäß von einem der betroffenen Vorstands- oder Aufsichtsratsmitglieder vollständig beherrscht wird, so daß die Ausübung des Stimmrechts seiner alleinigen Willensentschließung unterliegt.

Eine derartige Gleichstellung der juristischen Person als Aktienbesitzerin mit der sie verfassungsmäßig beherrschenden natürlichen Person wird insbes. dann unerläßlich sein, wenn es sich um eine GmbH. handelt, bei der sich sämtliche Geschäftsanteile in einer Hand befinden (sog. Einmanngesellschaft), bei der also sämtliche Rechtshandlungen von dem Willen dieses einzigen Gesellschafters abhängig sind. Ein Fall dieser Art war aber im Hinblick auf die Rechtsgestaltung, die die M. K.-GmbH., in welche die Aktien der Familie W. eingebracht worden waren, erhalten hatte, auch vorliegend gegeben.

Es handelt sich zunächst um eine reine Familiengesellschaft, bestehend aus Max W., seinem Sohne Justus W. und beider Ehefrauen. Mit Bezug auf eine solche Familiengesellschaft hat der erk. Sen. bereits RGZ. 143, 429, 431 = JW. 1934, 1784 ausgesprochen, daß sie nur die Rechtsform bilde, unter welchen von dem, der die Geschäftsführung bestimme, der geschäftliche Betrieb geführt werde. Vor allem aber war vorliegend nach der Satzung der GmbH. dem Max W. auf Lebenszeit das Recht zur Bestellung und Abberufung der Geschäftsführer eingeräumt worden; er hatte von diesem Rechte auch am 5. Jan. sogleich in dem Sinne Gebrauch gemacht, daß er sich selbst und Justus W. zu Geschäftsführern bestellte. Durch das satzungsmäßig festgelegte Recht des Max W. zur Bestellung und Abberufung der Geschäftsführer waren alle Entschließungen des zweiten Geschäftsführers, seines Sohnes Justus W. — dessen Interessen schon ohnehin mit Rücksicht auf seine Familienbeziehungen mit denen des Max W. zusammengingen —, vollständig von dem Willen des Max W. abhängig, und Justus W. konnte tatsächlich, wenn er sich nicht seiner sofortigen Abberufung durch Max W. aussetzen wollte, seine Stimme nur für Max W., niemals aber gegen ihn abgeben, obschon er äußerlich alleinvertretungsberechtigter Mitgeschäftsführer war. Die Gesellschaft war also derart gestaltet, daß alle ihre Entschließungen und Maßnahmen allein von dem Willen des Max W. abhängig waren; er war allein maßgebend dafür, in welcher Weise das Stimmrecht für die der Gesellschaft gehörigen Aktien ausgeübt werden sollte; es war also in der Tat so, wie die Rev. hervorhebt, daß mit diesen Aktien in der GenVers. v. 10. Jan. 1933, wenn auch die Vollmacht für JR. D. zur Vertretung der Gesellschaft in dieser GenVers. äußerlich von Justus W. erteilt war, nur im Sinne des Max W., nicht aber gegen ihn gestimmt werden konnte. Daraus folgt, entsprechend den obigen Darlegungen, daß die Stimmverbote der §§ 252 Abs. 3, 266 Abs. 1 Satz 2 HGB. im vorl. Falle auch für die der M. K.-GmbH. gehörigen Aktien — und zwar die sämtlichen Aktien dieser Gesellschaft, nicht bloß diejenigen, die Max W. in sie eingebracht hatte — zu gelten hatten, eben weil nach der hier vorl. Rechtsgestaltung die Gesellschaft als Aktionärin von der Person des sie beherrschenden Max W. nicht zu trennen war. Es handelt sich dabei nicht um die in den Vorinstanzen erörterte, vom LG. bejahte, vom BG. verneinte Frage, ob die Gründung der M. K.-GmbH. und die Einbringung der Aktien der Familie W. in diese als eine sich als sittenwidrig kennzeichnende Umgehung der gesetzlichen Stimmverbote anzusehen sei; vielmehr bestanden im vorl. Falle unmittelbar die bezeichneten Stimmverbote, eben weil die GmbH. hier nur die Form war, unter welcher Max W. das Stimmrecht für die in die Gesellschaft eingebrachten Aktien der Familie W. ausübte.

5. Wenn hiernach auch der Entlastungsbeschluß sowie der den Antrag auf Prüferbestellung ablehnende Beschl. der GenVers. jedenfalls in seinen Punkten 3—5 unter Verletzung der Stimmverbote der §§ 252 Abs. 3, 266 Abs. 1 Satz 1 HGB. zustande gekommen ist, so ist der Sen. gleichwohl noch nicht in der Lage, der Anfechtungsklage durch Ausspruch der Nichtigkeit der Beschl. in dem bezeichneten Umfange stattzugeben, weil der von der Bekl. erhobene Einwand, daß sich die Ausübung des Anfechtungsrechts durch den Kl. nach den besonderen Umständen des vorl. Falles als eine unzulässige Rechtsausübung, als ein Rechtsmißbrauch darstelle, bisher eine ausreichende Würdigung nicht gefunden hat.

Es ist zwar in der Rspr. des RG., an der festzuhalten ist, anerkannt, daß das Anfechtungsrecht des einzelnen Aktionärs nach § 271 HGB. nicht an die Voraussetzung eines besonderen Rechtsschutzinteresses i. S. des § 256 ZPO. geknüpft ist; das Rechtsschutzinteresse des Aktionärs liegt nach der gesetzlichen Regelung schon allein in der Tatsache der Mitgliedschaft zur AktG., des Anteilbesitzes am Aktienkapital, vermöge deren ihm die Befugnis eingeräumt worden ist, zur Wahrung der Ordnung gegen Beschl. der AktG., die mit Gesetz oder Satzung nicht im Einklang stehen, anzugehen, mögen sie ihm persönlich auch keinen Nachteil bringen (vgl. z. B. das zum Abdruck in der amtlichen Sammlung bestimmte Urt. des erk. Sen. v. 13. Nov.

1934, II 158/34 = JW. 1935, 421[5]). Seine Schranke findet dieses Anfechtungsrecht des Aktionärs jedoch dort, wo es mit der das gesamte Aktienrecht beherrschenden und in der Aktienrechtsnovelle v. 12. Sept. 1931 noch besonders betonten Treupflicht, die jedem Aktionär der Gesellschaft gegenüber obliegt, in Widerspruch steht. Der Aktionär hat sich bei allen seinen Maßnahmen als Glied der Gemeinschaft zu fühlen, der er angehört, und ist gehalten, die Treupflicht gegenüber dieser Gemeinschaft zur obersten Richtschnur seines Handelns zu machen. Übt ein Aktionär das ihm an sich nach § 271 HGB. zustehende Anfechtungsrecht, wie es im vorl. Falle von der Bekl. unter Beweis gestellt worden war, zu dem Zwecke aus, um selbstsüchtig der Gesellschaft seinen Willen erpresserisch aufzuzwingen, also zu gesellschafts*fremden* Zwecken, dann liegt darin eine so gröbliche Verletzung der Treupflicht, daß die Ausübung des Rechts sich als ein Rechts*mißbrauch* darstellt, der von der Rechtsordnung nicht geduldet werden kann. Der Gedanke der Unzulässigkeit einer mißbräuchlichen Rechtsausübung hat seinen *gesetzlichen* Niederschlag in dem Schikaneverbot des § 226 BGB. gefunden, er muß aber über den Rahmen dieser Vorschr. hinaus überall dort Anwendung finden, wo sich die Ausübung eines Rechtes als eine gröbliche Verletzung gegen den das gesamte bürgerliche Recht beherrschenden Grundsatz von Treu und Glauben darstellt. Der Gedanke hat auch in der Rspr. bereits mehrfach Anerkennung gefunden; es sei hier nur auf die Anerkennung der Verwirkung auf dem Gebiete des Aufwertungsrechts verwiesen. Im Schrifttum ist er neuerdings besonders eingehend in der Abhandlung von *Siebert*, „Verwirkung und Unzulässigkeit der Rechtsausübung" (Arbeiten zum Handels-, Gewerbe- und Landwirtschaftsrecht Nr. 72 [vgl. insbes. S. 60 ff.]) erörtert worden. Daß der in § 242 BGB. enthaltene Grundsatz von Treu und Glauben als allgemeine Schranke der Rechtsausübung auch im Aktienrecht und im Rechte der GmbH. Geltung zu beanspruchen hat, ist in der Rspr. des RG. gleichfalls schon wiederholt anerkannt worden (vgl. z. B. RG.: JW. 1932, 1647 mit Anm.; ferner 1932, 718; 1933, 1021 ff.); auch das bereits erwähnte Urt. des erk. Sen. v. 4. Dez. 1934 (RGZ. 146, 71 = JW. 1935, 1236[6], das in besonderem Maße die Treupflicht des Aktionärs gegenüber der AktG. betont, bewegt sich in dieser Richtung (vgl. auch *Ritter*, „Gleichmäßige Behandlung der Aktionäre": JW. 1934, 3026 ff. sowie *Siebert* a. a. O. S. 226 ff.). Dieser Grundsatz kann daher auch vor dem dem Aktionär in § 271 HGB. eingeräumten Anfechtungsrechte nicht haltmachen.

Selbstverständlich wird in jedem einzelnen Falle der Behauptung einer mißbräuchlichen und darum unzulässigen Rechtsausübung mit besonderer Vorsicht zu begegnen sein. Regelmäßig wird davon ausgegangen werden müssen, daß der Aktionär, dem das Gesetz das Recht zur Anfechtung zugesteht, auch befugt ist, von diesem Rechte Gebrauch zu machen. Die Beweislast dafür, daß die Ausübung des Anfechtungsrechtes sich im Einzelfalle als eine unzulässige Rechtsausübung darstelle, trifft in vollem Umfange den Anfechtungsbeklagten; er hat den zweifelsfreien Nachweis zu erbringen, daß die Ausübung des Anfechtungsrechtes unter den gegebenen Umständen eine gröbliche Verletzung der Grundsätze von Treu und Glauben, einen gröblichen Verstoß gegen die dem Aktionär der Gesellschaft gegenüber obliegende Treupflicht bedeute. Eine solche gröbliche Verletzung der Treupflicht würde hier vorliegen, wenn der Bekl. der Nachweis gelingen sollte, daß der Kl. die Anfechtungsklage dazu benutze, ohne jedes sachliche, gesellschaftliche Interesse, der Gesellschaft selbstsüchtig erpresserisch seinen Willen aufzuzwingen, um eigene Vorteile zu erlangen. Ob aber in der Tat für die Erhebung der Anfechtungsklage eine sachliche Berechtigung nicht vorhanden war, wird einer besonders sorgfältigen Prüfung bedürfen. Dafür wird auch das Vorbringen des Kl. von Bedeutung sein, welches der Begr. des von ihm geltend gemachten *selbständigen* Anfechtungsgrundes dienen sollte, daß nämlich die Beschl. der GenVers. sachlich zu Unrecht ergangen und unter sittenwidriger Vergewaltigung der Minderheit durch die Mehrheit der Aktionäre zustande gekommen seien. Die bisherige Stellungnahme des BG. zu diesem Vorbringen ist — wie die Rev. mit Recht gerügt hat — schon verfahrensrechtlich zu beanstanden, insofern, als die von dem Kl. nach dieser Richtung angetretenen Beweise, unter Verletzung des § 286 ZPO., nicht erschöpfend erhoben worden sind. Die Würdigung dieses Vorbringens des Kl. durch das BG. ist auch sachlich-rechtlich insofern nicht einwandfrei, als sich die Nachprüfung der sachlichen Berechtigung der angef. Beschl. darauf beschränkt, ob die Vorstandsmitglieder, insbes. Max W., sich *vorsätzlich* gegen die ihnen der AktG. gegenüber obliegenden Pflichten vergangen hätten. Nicht beachtet worden ist, daß die Vorstandsmitglieder einer AktG. gem. § 241 HGB. auch für den durch bloße *Fahrlässigkeit* der Gesellschaft verursachten Schaden einzustehen haben. Wenn die Möglichkeit nicht ausgeräumt werden kann, daß der Kl. mindestens der *Meinung* war, die Vorstandsmitglieder hätten sich infolge einer — wenn auch nur fahrlässigen — Verletzung der ihnen obliegenden Pflichten der Gesellschaft gegenüber schadensersatzpflichtig gemacht, so wird der der Bekl. obliegende Nachweis, daß die Anfechtungsklage ausschließlich zu gesellschaftsfremden Zwecken erhoben worden sei und sich deshalb als eine unzulässige Rechtsausübung darstelle, schwerlich erbracht werden können.

Der Sachverhalt bedarf daher noch der tatsächlichen Klärung. Deshalb mußte das angef. Urt. aufgehoben werden.

(U. v. 22. Jan. 1935; II 198/34. — München.)
<= RGZ. 146, 385.>

Anmerkung: *Die vorl. Entsch. verdient besondere Beachtung.* Sie liefert ein weiteres wichtiges Beispiel für die allmählich immer stärkere Durchdringung des Rechts der Kapitalgesellschaften mit den nationalsozialistischen Rechtsgrundsätzen von Gemeinschaft und Treupflicht. Die Entsch. bringt zunächst eine Fortführung und Ergänzung der sehr bekannt gewordenen Entsch. desselben Senats über die Auslegung des § 266 Abs. 1 Satz 2 HGB. n. F. zu der Frage der Stimmenthaltung (RGZ. 146, 71 ff.) und führt dann die dabei gewonnenen grundsätzlichen Erkenntnisse für die Ausübung des Anfechtungsrechtes durch, wobei sie in überzeugender Weise die Lehre vom Rechtsmißbrauch (von der Unzulässigkeit der Rechtsausübung) heranzieht. Gleichzeitig aber berührt sie bei der Untersuchung der Stimmenthaltungspflicht der hier beteiligten GmbH. eine grundsätzliche Frage über das Wesen der Rechtsfähigkeit, die ebenfalls mit der Lehre vom Rechtsmißbrauch zusammengebracht werden muß.

1. In der Entsch. RGZ. 146, 71 ff. = JW. 1935, 1236 ff. handelte es sich darum, ob Aktien einer OHG. bei der Entlastung und Prüferbestellung mitstimmen dürften, wenn ein Gesellschafter der OHG. zu den Vorstandsmitgliedern der betreffenden AktG. gehörte. Der 2. ZivSen. hatte diese Frage mit Recht verneint, wobei aus den Entscheidungsgründen folgende Sätze wörtlich angeführt werden sollen: „Die Vorschrift des § 266 Abs. 1 Satz 2 HGB. n. F. beruht bereits auf den das heutige Staatswesen durchsetzenden Gemeinschaftsgedanken: es sollte das Treueverhältnis der einzelnen Mitglieder einer Gemeinschaft gegenüber dieser in größerem Maße als bisher betont und zur Richtschnur für das Handeln des Einzelmitgliedes gemacht und demgemäß dafür Vorsorge getroffen werden, daß die Organe der Aktiengesellschaft ihre Maßnahmen ausschließlich im Interesse und zum Gedeihen der Gemeinschaft träfen und daran nicht durch eigensüchtige persönliche Belange gehindert würden.... Die Gefahr, daß der Aktionär in Fällen der in Frage stehenden Art den Gemeinschaftsgedanken hinter seine persönlichen Belange zurückstellen könne, hat die Ausdehnung des Stimmverbots im Sinne der bezeichneten Vorschrift eben mit Rücksicht auf jenes Treuverhältnis geboten erscheinen lassen." Teilweise gegen diese Begründung, m. E. jedoch nicht zutreffend, *Langen*: JW. 1935, 1237 ff. Anm.).

Es ist sehr bezeichnend, daß dieser allgemeinen Anerkennung des Gemeinschaftsgedankens im Aktienrecht sehr bald die vorl. Entsch. gefolgt ist, die mit der Lehre vom *Rechtsmißbrauch* arbeitet. Ist doch gerade diese Lehre in besonderem Maße geeignet, den durch den Gemeinschaftsgedanken herbeigeführten Wandel der Rechte als konkrete Gestaltung des Rechtsinhalts sichtbar werden zu lassen. Dies ist in dem zweiten Teil der Entsch. ausdrücklich ausgesprochen, sachlich aber auch in dem ersten Teile anerkannt worden.

2. Der *zweite* Teil der Entsch. handelt von der Ausübung des Anfechtungsrechts nach § 271 HGB. im Falle einer unzulässigen Stimmabgabe. Der Senat erkennt an, daß dem „an sich" Anfechtungsberechtigten unter Umständen entgegengehalten werden kann, er verletze mit der Anfechtung seine gesellschafterliche Treupflicht. Eine solche Treupflicht bestehe mindestens soweit, daß er seine gesellschafterlichen Rechte nicht ausnutzen dürfe, um eigensüchtig zu gesellschaftsfremden Zwecken der Mehrheit seinen Willen aufzuzwingen. Ein Aktionär, der das Anfechtungsrecht dazu mißbrauche, verstoße gröblich gegen seine

Treupflicht und damit ganz allgemein gegen Treu und Glauben im Rechtsverkehr. Ein solcher Rechtsmißbrauch sei unzulässig; dem Anfechtungsberechtigten könne der Einwand unzulässiger Rechtsausübung entgegengehalten werden.

Diese Sätze verdienen volle Zustimmung. Auch das Anfechtungsrecht des Aktionärs steht unter dem Grundsatz von Treu und Glauben. Dieser Grundsatz hat seinen früher vielfach unbestimmten und unsicheren Charakter verloren; er bedeutet heute einen kurzen Ausdruck für den Inhalt der neuen Rechtsanschauungen, die vom Gemeinschaftsgedanken und der auf ihm beruhenden Treupflicht getragen sind. Dieser umfassende Rechtsgrundsatz wird dann in den Inhalt der einzelnen Rechte und Rechtssätze hineingetragen und führt so zu einer konkreten Gestaltung des Rechtsinhalts. Die Lehre vom Rechtsmißbrauch leistet dabei den geradezu unersetzlichen Dienst, diese konkrete Gestaltung gegenüber der scheinbar abstrakt-absoluten Fassung des Gesetzes sichtbar zu machen: es wird klar, daß Rechtsmißbrauch in Wahrheit Rechtsüberschreitung ist und daß die Feststellung mißbräuchlicher Ausübung die im Wege einer verbesserten Auslegung des Gesetzes gewonnene Erkenntnis von dem wahren Rechtsinhalt darstellt. Einer Berufung auf das „formelle" Recht kann dann der Einwand der Unzulässigkeit der Rechtsausübung entgegengehalten werden (vgl. Siebert, Verwirkung und Unzulässigkeit der Rechtsausübung, 1934, S. 60 ff., 83 ff., 145 ff.).

Die Anforderungen des Gemeinschaftsgedankens im Aktienrecht äußern sich konkret darin, daß eine vom Eigennutz getragene Verfolgung gesellschaftsfremder oder gesellschaftsschädlicher Zwecke unzulässig ist. Aus diesem Gesichtspunkt ist einer unberechtigten Majorisierung ebenso entgegenzutreten wie einer „Terrorisierung" durch die Minderheit. Beides verbietet die gesellschafterliche Treupflicht, und indem die Rspr. aus Treu und Glauben in sorgfältiger Prüfung des Sachverhaltes eine konkrete Treupflicht ableitet, vermeidet sie die Gefahr, die Generalklauseln als unbestimmte Billigkeitserwägungen anzuwenden. Gerade die vorl. Entsch. ist ein Beispiel dafür, wie der Grundsatz von Treu und Glauben anzuwenden ist, ohne daß eine „Flucht in die Generalklauseln" stattfindet.

Es ist m. E. zu wünschen, daß die Rspr. in der Anerkennung dieser Treupflicht (§ 242 BGB.) noch weiter fortschreitet. Die aus dem Wesen des Rechtsmißbrauchs gewonnene Erkenntnis, daß die Pflicht aus Treu und Glauben alle Rechte und Befugnisse im Gesellschaftsrecht, insbes. die Mitgliedschaftsrechte, inhaltlich erfaßt und konkret gestaltet, kann und muß noch weiter ausgebaut werden, z. B. für die Frage der „Gleichbehandlung der Aktionäre". Dazu ist es allerdings vielfach erforderlich, eine solche Pflicht aus Treu und Glauben nicht nur im Verhältnis zwischen Aktionär und AktG., sondern auch für das Verhältnis der einzelnen Aktionäre untereinander anzuerkennen.

3. Hiermit wird eine oft erörterte Frage berührt, zu der das RG. im vorl. Falle nicht ausdrücklich Stellung zu nehmen brauchte. Gleichwohl aber enthält die hier angezeigte Entsch. einige wichtige Sätze über denjenigen Begriff, der einer Anerkennung solcher Treupflicht bisher hindernd im Wege stand, nämlich über die Rechtsfähigkeit einer juristischen Person. Sobald man diesen Begriff von seiner abstrakt-absoluten Hülle befreit hat, ist die Bahn frei sowohl für die Anerkennung einer Treupflicht unter den Mitgliedern einer juristischen Person wie für die klare Durchführung einer Lehre vom Mißbrauch der Rechtsfähigkeit.

In dem ersten Teil der vorl. Entsch. wird ausgeführt: Wenn ein Vorstandsmitglied einer GmbH. als Gesellschafter die GmbH. so vollständig beherrscht, daß sich der Wille der GmbH. notwendig mit dem Willen des Vorstandsgesellschafters decken muß, dann müssen für die Frage der Stimmenthaltung in der GenVers. der betr. AktG. die Aktien der GmbH. wie persönliche Aktien des Vorstandsmitgliedes behandelt werden. Es hieße die Form über die Sache stellen, wollte man in den Fällen des § 252 Abs. 3 und des § 266 Abs. 1 Satz 2 HGB. die Stimmrechtsausübung für Aktien einer juristischen Person zulassen, welche verfassungsgemäß von einem der betroffenen Vorstands- oder Aufsichtsratsmitglieder vollständig beherrscht wird, so daß die Ausübung des Stimmrechts seiner alleinigen Willensentschließung unterliegt. Mit anderen Worten: Der Gesellschafter kann sich also nicht hinter der „formellen" Rechtsfähigkeit verstecken; die Rechtsfähigkeit kann nicht dazu mißbraucht werden, mit ihrer Hilfe die Anforderungen des Gemeinschaftsgedankens und der Treupflicht zu umgehen. Bisher hatte man in derartigen Fällen, z. B. auch bei der Einmanngesellschaft, die verschiedensten Umwege gehen zu müssen geglaubt. Die vorl. Entsch. legt aber durch ihre Begründung die Frage nahe, ob es nicht klarer und folgerichtiger wäre, den Gemeinschaftsgedanken und die Treupflicht im Gesellschaftsrecht als unmittelbar gestaltende und begrenzende Kräfte auch für die Rechtsfähigkeit juristischer Personen anzuerkennen und so auch diese Rechtsfähigkeit dem „konkreten Ordnungs- und Gestaltungsdenken" zu unterwerfen (vgl. Siebert: Deutsches Recht 1935, 57). Dann bedürfte es keiner Abschaffung der Rechtsfähigkeit, wie sie vor kurzem gefordert worden ist (Crisolli: JW. 1935, 12), sondern es genügt eine verbesserte Gesetzesauslegung, die bei dem Versuch einer Umgehung der Treupflicht oder bei sonstigem gemeinschaftsfremden oder gemeinschaftsschädlichen Verhalten zur Feststellung eines Mißbrauchs im Sinne einer Überschreitung der Rechtsfähigkeit führt.

Prof. Dr. Wolfgang Siebert, Kiel.

*

5. §§ 229, 858 ff. BGB.; §§ 1, 3 AbzG. Der schuldrechtliche Anspruch auf Wiederinbesitznahme eines vermieteten Gegenstandes bei unpünktlicher Zahlung der Mietraten steht nicht einer durch Gesetz erlaubten Besitzentziehung gleich. Die Verwirklichung des schuldrechtlichen Anspruchs entgegen dem Willen des Mieters stellt daher verbotene Eigenmacht dar. Daran ändert auch nichts eine vertraglich niedergelegte Zustimmungserklärung des Schuldners zur Besitzentziehung, wenn im Augenblick der Wegnahme ein entsprechender Wille nicht mehr besteht. Die einseitige Inbesitznahme eines den Vorschriften des § 1 Abs. 1 Satz 1 i. Verb. m. § 3 AbzG. unterliegenden Gegenstandes ist widerrechtlich i. S. des § 229 BGB.

Durch schriftlichen Vertrag v. 2. Jan. 1931 vermietete der Kl. einen ihm gehörigen Lastkraftwagen unter Eigentumsvorbehalt für eine monatliche Miete von 100 *RM* an den Speditionsgeschäftsinhaber S. mit der Maßgabe, daß das Eigentum auf letzteren übergehen sollte, sobald zehn Mietraten gezahlt wären, während der Kl. berechtigt sein sollte, den Wagen wegzunehmen, wenn hinsichtlich einer Mietrate ein Zahlungsverzug von mehr als fünfzehn Tagen bestände. Am 17. Juli 1931 war S. mit der Zahlung von 117 *RM* im Rückstand. Als er am gleichen Tage mit dem Lastkraftwagen auf das Grundstück des Kl. kam, um dort Kohlen abzuladen, erklärte ihm dieser, daß er von seinem Vertragsrecht Gebrauch mache, und verbot ihm, das Grundstück mit dem Wagen zu verlassen. Da S. sich ohne den Wagen vom Grundstück nicht entfernen wollte, wurde der Gendarmeriehauptwachtmeister Br. aus N. herbeigeholt. Nach der Behauptung des Kl. soll nun Br. bei seinem Einschreiten sich dadurch einer Amtspflichtverletzung schuldig gemacht haben, daß er den Kl. hinderte, den Wagen an sich zu nehmen. Br. habe zwar zunächst angeordnet, daß der Wagen an Ort und Stelle verbleibe, er habe aber das Grundstück wieder verlassen, nachdem ihm vom AG. N. — vermutlich auf Veranlassung des inzwischen dorthin geeilten S. — die fernmündliche Weisung erteilt worden sei, sich jeder Einmischung zu enthalten, da es sich um eine rein zivilrechtliche Angelegenheit handle. Als später S. erneut auf dem Grundstück erschienen sei und sich ungeachtet vielfacher Aufforderungen nicht entfernt habe, sei Br. abermals gerufen worden und habe dann plötzlich erklärt: „Das Auto wird weggefahren, und ich trage die Verantwortung." Daraufhin sei der Wagen trotz Widerspruchs des Kl. von S. weggefahren worden. In der Folgezeit vom Kl. wegen des Lastkraftwagens im Wege eines einstweiligen Verfügungs- und ordentlichen Verfahrens gegen S. erhobene Herausgabeansprüche seien wirkungslos geblieben, da die Zwangsvollstreckung bei S. und ein gegen seinen Nachfolger im Besitz des Wagens ausgebrachter Pfändungs- und Überweisungsbeschluß nicht zum Ziel geführt hätten. Durch alles das habe der Kl. Schaden erlitten, dessen Ersatz er mit der vorliegenden Klage vom bekl. Staat verlangt.

Das BG. läßt es dahingestellt, ob der Gendarmeriehauptwachtmeister Br. die ihm von dem Kl. in den Mund gelegte Äußerung getan habe und gegebenenfalls, ob diese Äußerung für das Wegfahren des Lastkraftwagens durch S. ursächlich gewesen sei; denn selbst wenn das zuträfe, wäre dadurch nur ein Zustand herbeigeführt worden, der mit dem Recht völlig in Einklang gestanden, also die Rechte des Kl. nicht verletzt hätte, so daß ihm aus dem Verhalten Br.s keinerlei Schadensersatzansprüche gegenüber dem bekl. Staat erwachsen seien. Durch den Mietvertrag sei nämlich zwischen

dem Kl. und S. nur ein schuldrechtliches Verhältnis begründet worden, dessen Erfüllung erforderlichenfalls im geordneten gerichtlichen Verfahren, nicht aber mit Gewalt hätte erzwungen werden dürfen. Insbes. habe der Kl. durch die in dem Vertrag getroffene Vereinbarung über den Eigentumsvorbehalt und die Zahlung der Mietraten nicht das Recht erlangt, den vermieteten Wagen gegen den Willen des S. wegzunehmen, zumal sein durch dessen Kohlenfahren entstandenes Gewaltverhältnis an dem Wagen derart locker gewesen sei, daß es vom Verkehr nicht als Besitz angesehen werden könne oder gar als Eigenbesitz, wie der Kl. es wolle. Eine gegenteilige Auslegung des Vertrags würde dem Grundsatz widersprechen, daß die zur Wahrung des Rechtsfriedens eingerichteten staatlichen Behörden nicht durch Vereinbarung ausgeschaltet werden dürften. Der Kl. habe daher verbotene, seinen Schuldner zur Notwehr berechtigende Eigenmacht begangen (§ 858 BGB.), als er am 17. Juli 1931 dem S. untersagte, das Grundstück mit dem Wagen zu verlassen. Er sei aber auch auf Grund eines Selbsthilferechts zu seinem Vorgehen und damit zur Wegnahme des Wagens nicht befugt gewesen. Die Befugnis zur Ausübung dieses Rechts setze nach § 229 BGB. voraus, daß obrigkeitliche Hilfe nicht rechtzeitig zu erlangen sei und ohne sofortiges Eingreifen die Gefahr einer Vereitelung oder wesentlichen Erschwerung der Verwirklichung des Anspruchs bestehe. Eine solche Gefahr habe am 17. Juli 1931 noch nicht vorgelegen. Der Kl. trage selbst vor, daß er den Kraftwagen nur deshalb habe wegnehmen wollen, weil S. mit den Mietraten in Verzug gewesen sei. Das habe noch keine Vereitelung oder Erschwerung des Wegnahmeanspruchs bedeutet, sondern nur die Voraussetzung seiner Entstehung gebildet. Zwar habe der Umstand, daß S. an diesem Tage den Wagen nicht freiwillig herausgegeben und so den Kl. gezwungen habe, gegen ihn im Klagewege vorzugehen, die Verwirklichung des Herausgabeanspruchs stark beeinträchtigt. Die Anrufung des staatlichen Gerichts könne aber keinesfalls als wesentliche Erschwerung i. S. des § 229 BGB. anerkannt werden, die ihrerseits erst das Recht zur Selbsthilfe auslöse; denn sonst würde man den obenerwähnten Grundsatz, daß — abgesehen von gesetzlich vorgesehenen Ausnahmen — der einzelne zwecks Wahrung des Rechtsfriedens sein Recht nur mit Hilfe der staatlichen Gerichtsbarkeit durchsetzen dürfe, auf Umwegen wieder beseitigen. Daß S. und dessen Ehefrau dann nach dem 17. Juli 1931 den Wegnahmeanspruch des Kl. vereitelt hätten, beweise noch nicht, daß auch bereits an diesem Tage insoweit eine konkrete Gefahr bestanden habe. Ebensowenig könne der Kl. für den ihm durch das nachträgliche Verhalten der Eheleute S. entstandenen Schaden den Bekl. verantwortlich machen.

Die Auslegung, welche das BG. der fraglichen Vertragsbestimmung gibt, ist entgegen der Auffassung der Rev. nicht nur möglich, sondern auch frei von Rechtsirrtum. Es ist denkbar, ja nach dem wirtschaftlichen Zweck des ganzen Rechtsgeschäfts nicht von der Hand zu weisen, daß die Vertragsparteien durch sie schuldrechtliche Beziehungen in Gestalt eines Abzahlungsgeschäfts, also einen schuldrechtlichen Anspruch des Kl. auf Gestattung der Wiederentziehung des Wagens im Falle unpünktlicher oder unterbleibender Zahlung der einzelnen Mietraten, vereinbaren wollten. Dann aber konnte der Kl. den entgegenstehenden Willen seines Vertragsgegners S. nur im Wege der EinstwVfg. oder Klage brechen. Es bedeutete also die Wiederinbesitznahme des Wagens durch den Kl. gegenüber S. an sich verbotene Eigenmacht, da die schuldrechtliche Gestaltung der Besitzentziehung einer durch das Gesetz erlaubten Besitzentziehung nicht gleichsteht, somit nicht zu den gesetzlich zugelassenen Fällen der Besitzentziehung gehört (vgl. Planck, Komm. z. BGB., 5. Aufl., § 858 Anm. 1c und RG.: JurRdsch. [Rspr.] 1925 Nr. 1750). Selbst wenn man jedoch davon ausgehen wollte, daß in dem vertraglich vereinbarten Wegnahmerecht des Kl. eine ausdrückliche Zustimmung des S. zur Besitzentziehung liege, würde dadurch im Ergebnis nichts geändert werden. Eine derartige Vereinbarung kommt gerade bei Vermietungen und Abzahlungsgeschäften häufig vor und kann an sich auf seiten des Wegnehmenden verbotene Eigenmacht ausschließen. Diese ist indessen dann gegeben, wenn trotz vorheriger vertragsmäßiger Zusage des Besitzers, die Wegnahme zu gestatten, im Augenblick der Wegnahme bei ihm ein entsprechender Wille nicht mehr besteht (vgl. Staudinger, Komm. z. BGB., 10. Aufl., Erl. I 7 Nr. 3b u. RG.: JW. 1928, 497[29]). Deshalb ist die aus dem festgestellten Sachverhalt zweifelsfrei hervorgehende Tatsache, daß bei S. am 17. Juli 1931 ein Wille zur Gestattung der Besitzentziehung des Wagens durch den Kl. nicht vorhanden war, keineswegs rechtlich unbeachtlich und unwirksam. Zudem hat das RG. bereits in einem ähnlich gelagerten Fall ausdrücklich die vertragliche Befugnis, sich unter gewissen Umständen in den Besitz von Sachen zu setzen, vom materiellrechtlichen Standpunkt aus für unbeachtlich erklärt (JW. 1904, 361[18] = SeuffArch. 60, 16 Nr. 9). Eine solche vertragliche Abmachung verschiebe lediglich, so heißt es in dieser Entsch., die Beweislast hinsichtlich des Einverständnisses zur Besitzentziehung zugunsten des Wegnahmeberechtigten; für die Frage der Besitzentziehung als solcher komme es dagegen nur auf den objektiven Bestand an, d. h., es liege trotz vorheriger ausdrücklicher Zustimmung zur Besitzentziehung verbotene Eigenmacht vor, wenn die Wegnahme ohne den in diesem Augenblick tatsächlich vorhandenen Willen des bisherigen Besitzers erfolge. Die Feststellungen des BG. ergeben, daß S., als der Kl. ihm das Verlassen des Grundstücks mit dem Wagen verbot, sich weigerte, ohne den Wagen sich zu entfernen. Nach dem feststehenden Sachverhalt war S. nicht im mindesten gewillt, der Wegnahme des Wagens durch den Kl. zuzustimmen, und zwar zeigen die Vorgänge, daß seine Weigerung von Anfang an, also schon im Augenblick des Wegnahmebegehrens des Kl. bestand. Daher kann nicht angenommen werden, der unmittelbare Besitz, den der Kl. nach Meinung der Rev. dadurch an dem Wagen erlangt haben soll, daß sich S. auf einige Zeit von dem Wagen entfernte, sei wegen des dem Kl. vertraglich zustehenden Wegnahmerechts ein rechtsmäßiger gewesen. Dieses Gewaltverhältnis des Kl. war rechtswidrig, eben weil es gegen den Willen des S. entstand. Der vertraglichen Vereinbarung kommt hierbei keine materiellrechtliche Bedeutung zu. Besaß der Kl. danach aber fehlerhaft, so ist die Auffassung, er habe verbotene Eigenmacht begangen, indem er den S. an dem Wegfahren des Wagens hinderte, unter diesen Gesichtspunkten rechtlich nicht zu beanstanden (s. auch RGZ. 67, 389 = JW. 1908, 199).

Die Rev. bekämpft nun in zweiter Linie das angef. Urteil, weil es dem Kl. den Schutz des § 229 BGB. versagt, und vertritt im Zusammenhang hiermit ebenfalls den Standpunkt, daß die Inbesitznahme des Wagens durch den Kl. nicht verbotene Eigenmacht i. S. des § 858 BGB. gewesen sei. Auch diese Rüge der Rev. muß scheitern. Es handelt sich bei dem schriftlichen Vertrag, den der Kl. und S. am 2. Jan. 1931 über den Lastkraftwagen geschlossen haben, um nichts anderes als um ein Abzahlungsgeschäft. Nach § 5 AbzG. gilt, falls der Verkäufer auf Grund des ihm vorbehaltenen Eigentums die verkaufte Sache wieder an sich nimmt, dies als Ausübung des Rücktrittsrechts, und § 6 a. a. O. bestimmt, daß die Vorschr. der §§ 1—5 dies. Ges. auch auf Verträge entsprechende Anwendung finden, welche darauf abzielen, die Zwecke eines Abzahlungsgeschäfts (§ 1) in einer anderen Rechtsform, insbes. durch mietweise Überlassung der Sache zu erreichen, gleichviel, ob dem Empfänger der Sache ein Recht, später deren Eigentum zu erwerben, eingeräumt ist oder nicht. Daß danach der Vertrag v. 2. Jan. 1931 unter das AbzG. fällt, kann keinem Zweifel unterliegen; denn bei der in ihm zum Ausdruck gebrachten mietweisen Überlassung des Lastkraftwagens hat der Kl. sich das Recht vorbehalten, wegen Nichterfüllung der seinem Vertragsgegner S. obliegenden Verpflichtungen durch Wegnahme, d. h. durch Wiederansichnahme des Wagens vom Vertrage zurückzutreten. Er war infolgedessen nach § 1 Abs. 1 Satz 1 AbzG. im Falle dieses Rücktritts verpflichtet, dem anderen Teil, also S., die empfangenen Leistungen zurückzugewähren, und zwar Zug um Zug gegen die Wiederansichnahme des Wagens (vgl. Crisolli, AbzG., 4. Aufl., zu § 5 Anm. 92 S. 255). Das AbzG. verfolgt den Zweck, den Käufer (oder Mieter) davor zu schützen, daß er Besitz und Nutzungen des Kauf- (Miet-)

Gegenstandes verliert, obwohl er für die Zahlung des Kauf-(Miet-) Geldes haftbar bleibt. Es kommt also nicht darauf an, ob der Verkäufer den alleinigen Besitz der Kauf- (Miet-) Sache zurückerlangt, sondern darauf, ob der Käufer auf Veranlassung des Verkäufers den Besitz einbüßt, der es ihm ermöglicht, die Sache zu nutzen. Ob dies geschieht, ist — wie namentlich § 6 des Ges. erkennen läßt — im Einzelfall unter wirtschaftlichen Gesichtspunkten zu beurteilen (RGZ. 139, 205 [206] = JW. 1933, 909). Wirtschaftlich betrachtet stand hier die vertraglich vorgesehene Wegnahme des Wagens durch den Kl. einem Rücktritt vom Vertrage gleich; er entzog damit dem S. den Besitz und die Möglichkeit, den Wagen für sein Speditionsgeschäft weiter zu nutzen. Daher mußte er nach § 1 Abs. 1 Satz 1 i. Verb. m. § 3 AbzG. Zug um Zug gegen Ausübung des vertraglichen Wegnahmerechts dem S. die von diesem bisher gezahlten Mietraten — nötigenfalls unter gleichzeitigem Abzug der in § 2 a. a. O. näher bezeichneten Vergütung für Aufwendungen u. ä. — zurückgewähren oder wenigstens ihre Rückgewähr anbieten. Daß er das eine oder das andere getan hätte, ist dem Sachverhalt nicht zu entnehmen. Die bloße Wiederansichnahme des Wagens war mithin objektiv rechtswidrig, d. h. widerrechtlich i. S. des § 229 BGB., und es handelte der Kl. auf eigene Gefahr, wenn er ohne gerichtliche Hilfe, insbes. ohne rechtzeitige Herbeiführung einer EinstwVfg. so, wie geschehen, gegen S. vorging, selbst wenn er ohne Verschulden irrigerweise geglaubt hat, dazu berechtigt zu sein (vgl. RG.: JW. 1921, 1362[5]). Das BG. hat also dem Kl. das Selbsthilferecht mit Grund versagt.

Endlich glaubt die Rev. den vom BG. nicht gebilligten Standpunkt des Kl. dadurch rechtfertigen zu können, daß sie ausführt, der Kl. sei nach dem Weggang des S. unmittelbarer Besitzer des Wagens geworden, und es habe S., wenn er nach seinem Wiedererscheinen auf dem Grundstück unter Bedrohung den Wagen herausverlangte, seinerseits verbotene Eigenmacht begangen, gegen die der Wachtmeister Br. einzuschreiten verpflichtet gewesen wäre. Daß von der Erlangung unmittelbaren Besitzes an dem Wagen durch den Kl. nicht die Rede sein kann, geht bereits aus den früheren Darlegungen hervor. Unmittelbaren Besitz an dem Wagen hatte nach wie vor S., während der Kl. mittelbarer Besitzer geblieben war (§ 868 BGB.); sein bloß mittelbarer Besitz konnte nicht durch verbotene Eigenmacht des S. gestört werden (RGUrt. vom 20. Juni 1933, VII 76/33). Daraus folgt ferner, daß auch das an sich weiter als § 229 gehende Selbsthilferecht des § 859 BGB., welches zwar nicht durch die Unmöglichkeit rechtzeitiger Erlangung obrigkeitlicher Hilfe bedingt ist, aber nur dem unmittelbaren Besitzer gebührt (Urt. v. 4. Mai 1934, III 312/33 = HöchstRRspr. 1934 Nr. 1282 und RGRKomm., 8. Aufl., zu § 859 Anm. 1) dem Kl. seinerzeit nicht zur Seite stand.

(U. v. 4. Dez. 1934; III 201/34. — Dresden.) [v. B.]
<= RGZ. 146, 182.>

*

6. §§ 242, 295, 301, 812, 814 BGB. **Der ausländische Gläubiger einer Reichsmarkhypothek ist nach Treu und Glauben verpflichtet, der Rückzahlung der fälligen Hypothek auf Sperrkonto an Erfüllungs Statt zuzustimmen, wenn der Schuldner eine Genehmigung der Devisenstelle zur Zahlung zu freier Verfügung des Gläubigers nicht erhalten konnte. Weigert er sich, dieser Zahlungsweise zuzustimmen, so kommt er in Annahmeverzug und verliert den Anspruch auf weitere Zinsen.**†)

(U. v. 29. Jan. 1935; VII 272/34.)

Abgedr. JW. 1935, 1082[2].

Anmerkung: A. Anm. Hartenstein, ebenda.

B. Das Urteil ist von Hartenstein schon in sehr vorsichtiger Weise kritisiert worden, wobei sich aber deutlich ergibt, daß er das Urteil nicht billigt. Leider hat sich das Urteil weder mit ihm noch mit der Entsch. RG.: JW. 1932, 2043 auseinandergesetzt.

Es handelt sich um einen Anspruch des Hypothekenschuldners auf Rückzahlung von ihm schon geleisteter Hypothekenzinsen wegen ungerechtfertigter Bereicherung, weil der Gläubiger sich wegen seiner früher erklärten Weigerung, Sperrmarkgutschrift anzunehmen, in Annahmeverzug befinde. Die praktische Bedeutung des Urteils liegt weniger in dem Rückzahlungsanspruch, der gem. § 302 BGB. wie auch gem. § 814 BGB. beschränkt ist, als vielmehr in der grundsätzlichen Neuregelung des Verhältnisses zwischen Gläubiger und Schuldner für die Zukunft. Denn es wird festgestellt, daß der Schuldner durch Leistung auf Sperrkonto gegen den Widerspruch des Gläubigers auch dann frei wird, wenn er verpflichtet gewesen war, Reichsmark im Ausland zu zahlen. Hartenstein weist darauf hin, daß in der Regel die Devisenstellen eine Genehmigung zur Sperrmarkgutschrift erst erteilen, wenn zuvor der Gläubiger die Annahme an Erfüllungs Statt erklärt hat. Tatsächlich heißt es in II, 44 der Richtlinien: „Eine Genehmigung zur Zahlung auf ein Sperrkonto zugunsten eines Ausländers darf nur erteilt werden, wenn der Gläubiger bereit ist, diese Zahlung an Erfüllungs Statt anzunehmen. . . .“ Es ist also von der Devisenstelle nicht nur regelmäßig so zu verfahren, sondern eine Ausnahme von dieser Vorschrift darf nicht gemacht werden. Praktisch bedeutet diese Vorschrift, wenn es bei der im vorl. Urteil eingeschlagenen Rspr. verbleibt, den einzigen Schutz des ausländischen Gläubigers dagegen, daß ihm gegen seinen Willen Sperrmark aufgenötigt wird. Der Beamte, der diese Vorschrift nicht beachtet, verletzt daher eine ihm dem Gläubiger gegenüber obliegende Amtspflicht (§ 839 BGB.).

Dem Urteil liegt der Gedanke zugrunde, daß der Schuldner durch Angebot einer Sperrmarkzahlung auf Konto einer Devisenbank den Gläubiger in Annahmeverzug setzen könne. Dies hat zur Voraussetzung, daß die Leistung auf diese Weise als in der Weise angeboten angesehen wird, wie sie vertragsgemäß zu bewirken war, mithin also nicht etwa Unmöglichkeit der Leistung angenommen wird. Mit den Gedanken von Müller: JW. 1932, 1997 beschäftigt sich das Urteil leider nicht. Müller hatte unter Hinweis auf Staudinger, 9. Aufl., § 275 Anm. I, 1a und β und RGRKomm. § 275 Anm. 2 die Ansicht vertreten, daß Leistungen, die ein Gesetz verbietet, als rechtlich unmögliche Leistungen zu behandeln, und daß daher auch genehmigungspflichtige Leistungen bis zum Vorliegen der Genehmigung unmöglich seien (s. auch House of Lords v. 11. Dez. 1934: JW. 1935, 1277 mit Anm. Meilicke). Wahrscheinlich müßte diese Ansicht dahin ergänzt werden, daß es sich bei genehmigungspflichtigen Leistungen nicht um vollständige Unmöglichkeit handelt, sondern um teilweise, richtiger qualitative Unmöglichkeit. „Unmöglichkeit liegt dann nicht vor, wenn die Verpflichtung noch, wenn auch in anderer Weise als der ursprünglich vorausgesetzten, erfüllbar ist und diese Erfüllungsart dem Schuldner nach Treu und Glauben zugemutet werden kann (RGRKomm. § 275 Anm. 2 Abs. 3).“ In diesem Falle könnte also der Schuldner sich nicht auf die Unmöglichkeit berufen. Das bedeutet aber nicht unbedingt, daß auch dem Gläubiger die Berufung auf Unmöglichkeit versagt werden müsse. Es ist bei teilweiser Unmöglichkeit nur nach dem jeweiligen Interesse des Gläubigers oder des Schuldners zu entscheiden, ob der Schuldner durch die teilweise oder die Ersatzleistung befreit werden soll (RGRKomm. § 275 Anm. 4). Würde allerdings der Gläubiger die Ersatzleistung ablehnen und die ursprüngliche Leistung als unmöglich behandeln wollen, so wäre damit das Problem auch noch nicht gelöst. Der Gläubiger wäre zwar nicht in Annahmeverzug zu bringen, dagegen droht ihm nunmehr Hinterlegung seitens des Schuldners, sofern dieser eine Genehmigung hierzu erhält (§ 11 Abs. 1 DevVO.). Auch wenn der Gläubiger statt der ursprünglich geschuldeten Leistung nunmehr in entsprechender Anwendung des § 281 oder gem. § 812 Ansprüche stellen wollte, so würde damit das Problem keineswegs gelöst, sondern man würde es nur vor sich herschieben.

Das KG. (a. a. O.) und Buschke, Die deutsche Devisenbewirtschaftung S. 130 vertreten daher die von Hartenstein in der obigen Besprechung abgelehnte Theorie, daß die Devisenbewirtschaftung eine gesetzliche Stundung herbeiführe. Dieser Theorie zuzustimmen, ist nicht nur aus wirtschaftspolitischen Gründen unmöglich, sie ist auch in den einschlägigen Bestimmungen durch nichts begründet. Es kann sich lediglich im einzelnen Fall als Folge dieser Bestimmung der Anreiz für die Parteien ergeben, eine Stundung zu vereinbaren. Hierin liegt m. E. auch der einzig mögliche Ausweg.

Nach Treu und Glauben muß festgestellt werden, wie die Auswirkungen des Eingriffs von hoher Hand, den die Devisengesetzgebung darstellt, auf Gläubiger und Schuldner verteilt werden soll. Dabei kann im äußersten Falle die Ansicht Hartensteins, Das Devisennotrecht in Rechtspflege und Wirtschaft S. 79 herangezogen werden, daß derjenige die Gefahr eines Eingriffs von hoher Hand zu tragen habe, dessen Staat einen solchen Eingriff vornimmt.

Die Schwierigkeiten, die mit einer gerechten Abwägung in einem solchen Falle verbunden sind, dürfen nicht so leicht genommen werden, wie es in obigem Urteil anscheinend geschehen ist. Bedeutet doch für den Gläubiger die Annahme auf Sperrkonto

1. einen Zinsverlust;
2. Entstehung eines regelmäßig gesperrten und nur ausnahmsweise und sehr begrenzt verfügbaren Vermögensstücks;
3. eines Vermögensstücks, das — mit den Augen des Gläubigers und seiner Buchprüfer gesehen! — als Kreditsperrmark nur einen Bruchteilswert hat, während die frühere Forderung, falls sie prolongierbar gewesen wäre, zwar abgeschrieben werden konnte, aber nicht abgeschrieben werden mußte;
4. den Verlust der Sicherheit.

Den sicheren Schädigungen des Gläubigers im Falle der Rückzahlung auf Sperrkonto können zwar auch auf seiten des Schuldners Schädigungen gegenüberstehen, falls die Rückzahlung nicht vorgenommen werden kann. Diese Schädigungen werden aber in der Regel nicht so schwerwiegend sein. So hätte es z. B. sein können, daß der Schuldner dringend umschuldungsbedürftig gewesen wäre. Aber davon ist hier nichts festgestellt. Oder es hätten durch die Weigerung des Gläubigers irgendwelche erhöhten Lasten für den Schuldner entstehen können, etwa durch den Zwang, das Geld nur ständig bereit zu halten. Aber festgestellt und für bedeutungslos erklärt wird sogar ausdrücklich, daß der neue Geldgeber keine Bereitstellungsprovision verlangt habe. Schließlich wäre auch noch denkbar gewesen, daß der Gläubiger eine zeitgemäße Zinsherabsetzung verweigert hätte. Davon ist aber ebenfalls keine Rede. So bleibt aus diesem Urteil nichts anderes zu entnehmen, als daß der Schuldner nach seinem Belieben den Gläubiger durch Anbietung einer Sperrmarkzahlung soll in Verzug setzen können, d. h. den Gläubiger ohne eigene Not in Schaden und Verlegenheit bringen. Unmöglich kann Derartiges aber mit dem Urteil gemeint sein, zumal es auch für das Gemeinwohl, hier die deutsche Devisenbilanz, vollkommen gleichgültig ist, ob ein Ausländer diesen oder jenen inländischen Schuldner hat. Das Urteil darf also keinesfalls Nachfolge finden, das Problem nicht „mit kühnem Griff eindeutig zugunsten des inländischen Schuldners gelöst werden" (Hartenstein). Es muß unbedingt verlangt werden, daß bei derart schwerwiegenden Entsch., die gleichzeitig das Ansehen der deutschen Rspr. im Ausland beeinflussen, alle irgendwie beachtlichen Umstände herangezogen werden, bevor das Risiko so eindeutig dem Ausländer auferlegt wird, wie es hier geschehen ist. Unter Umständen wäre sogar unter Hinweis auf § 723 BGB. zu sagen, daß ein ordentliches Kündigungsrecht seitens des Schuldners nicht ausgeübt werden dürfe, weil bei der gegenwärtigen Lage diese Kündigung zur Unzeit käme.

Daß das vorl. Urteil nicht auf die Fälle ausgedehnt werden kann, wo statt einer Reichsmarkschuld eine Valutaschuld besteht, versteht sich von selbst. Ebenso versteht sich, daß es von der Lage des einzelnen Falles abhängen wird, ob nicht etwa bei Anwendung international-privatrechtlicher Regeln die Entsch. anders ausfallen müßte. Auf die höchst interessanten Zusammenhänge zwischen internationalem Privatrecht und Devisennotrecht kann im Rahmen einer Anmerkung nicht eingegangen werden.

RA. Dr. Eugen Langen, Berlin.

*

**7. § 249 BGB. Die Behauptungs- und die Beweislast darüber, daß der Kl. durch Schulden, die ihm durch eine unerlaubte Handlung des Bekl. entstanden sind, und von denen er entlastet zu sein wünscht, überhaupt nicht beschwert werde und er daher insoweit überhaupt keinen Schaden erlitten habe, trifft nicht den von der unerlaubten Handlung Betroffenen, sondern denjenigen, der sich darauf beruft. Nur ausnahmsweise unter ganz besonders gelagerten Umständen können dann Schulden keinen Schaden im Rechtssinn darstellen; es muß sich feststellen lassen, daß der Schuldner jetzt und in absehbarer Zeit weder seine Schulden wird freiwillig bezahlen können oder wollen noch dazu werde gezwungen werden können. †)

Der Sachverhalt ergibt sich aus dem Urt. v. 25. April 1934 (V 32/34 = JW. 1934, 2394 [1]). Das KG. hat nunmehr den Klageanspruch auf Befreiung von den Schuldverbindlichkeiten abgewiesen, mit der Begründung, daß der Kl. durch die Schulden, von denen er entlastet zu sein wünscht, überhaupt nicht beschwert werde, also insoweit auch keinen Schaden erlitten habe. Es begründet diese Ansicht dahin: Eine Beschwerung und damit ein Schaden im Rechtssinne würde den Kl. nur dann treffen, wenn nach seiner Vermögenslage die Gefahr für ihn bestünde, daß gegen ihn erfolgreich vollstreckt werden könnte. Er selbst habe die Behauptungs- und Beweislast dafür, daß diese Gefahr ihn bedrohe. Er habe eine solche Gefahr aber nicht hinreichend darzulegen vermocht. Da er den Rechtsstreit im Armenrecht geführt habe, sei die Vermutung gerechtfertigt, daß er nennenswerte Vermögenswerte nicht besitze. In das Vermögen seiner Frau dürften seine Gläubiger nicht vollstrecken. Seine eigene Vermögenslage habe er weder hinreichend bestimmt dargestellt noch mit beachtlichen Beweisantritten belegt. Im übrigen würde eine Vollstreckung der Gläubiger in seine Vermögenswerte zum mindesten mit solchen Schwierigkeiten und Kosten und mit so ungewissen Aussichten verbunden sein, daß mit ihr ernstlich nicht zu rechnen sei. Er habe mithin nicht dargetan, daß seine Schulden einen Schaden für ihn darstellten.

Diese Begründung ist nicht frei von Rechtsirrtum und wird auch den Richtlinien des reichsgerichtlichen Urt. vom 25. April 1934 nicht gerecht. Das BG. hat zunächst die Behauptungs- und Beweislast verkannt, wenn es dem Kl. zumutet, darzulegen und zu beweisen, daß seine Schulden keine Belastung für ihn bedeuten. Wie schon die Urt. des RG. vom 22. Dez. 1914 (III 244/14) und v. 25. April 1934 (V 32/34 = JW. 1934, 2394) erkennen lassen, ist regelmäßig davon auszugehen, daß die Belastung mit Schulden für den von einer unerlaubten Handlung Betroffenen auch einen Schaden im Rechtssinne darstellt. Nur ausnahmsweise unter ganz besonders gelagerten Umständen kann etwas anderes angenommen werden. Solche Ausnahmeumstände darzulegen und zu beweisen ist Sache desjenigen, der sich auf sie beruft, um seine Haftung auszuschließen. Die Bekl., nicht den Kl. traf also insoweit die Behauptungs- und Beweislast.

Im übrigen ist es aber auch nicht richtig, wenn das BG. die von ihm betonten Umstände für genügend hält, um beim Kl. einen Schaden im Rechtssinne zu verneinen. Daß die Möglichkeit oder Wahrscheinlichkeit einer erfolgreichen Vollstreckung für sich allein in diesem Zusammenhang keine entscheidende Rolle spielt, ergab sich bereits aus dem Urt. des erk. Sen. v. 25. April 1934. Denn dort ist am Schluß ausdrücklich gesagt, daß die bisher noch nicht rückgängig gemachte (§§ 125 ff. ZPO.) einstweilige Befreiung gem. § 115 ZPO., die ja eine Vollstreckung vor der Hand von selbst ausschließt, nicht genügt, um die Schadensfrage zu verneinen. Ebensowenig reicht dazu aber, wie der Sen. kürzlich im Urt. v. 17. Nov. 1934 (V 215/34) ausgeführt hat, die Erwägung aus, daß der Kl. jetzt im Armenrecht klagt. Nur dann wäre sein Befreiungsanspruch rechtlich unbegründet, wenn sich feststellen ließe, daß er jetzt und in absehbarer Zeit weder freiwillig seine Schulden werde bezahlen können oder wollen noch dazu werde gezwungen werden können. Eine Feststellung dieses Inhalts ist bisher nicht getroffen. Der Kl. versichert, daß er mit seiner Arbeitskraft und mit einem Darlehn von 8500 *RM* an einem gutgehenden, aufblühenden Geschäft seiner Frau beteiligt sei und seine Verbindlichkeiten schon jetzt oder doch in Bälde abdecken könne und wolle. Die Bekl. müßten demgegenüber nicht nur „bestreiten", was er vorbringt, sondern ihrerseits darlegen und beweisen, daß seine Schulden für ihn praktisch nichts bedeuten. Soweit es dabei nach den vorstehenden Ausführungen noch auf die Vollstreckungsmöglichkeiten ankommen sollte, würde näher zu prüfen sein, warum denn eine Vollstreckung der Gläubiger in die Ansprüche des Kl. gegen seine Ehefrau, insbes. in den Darlehnsanspruch von 8500 *RM*, dessen er sich selbst berühmt, mit besonders großen Schwierigkeiten und Kosten und mit besonders geringen Erfolgsaussichten verknüpft sein würde.

(U. v. 25. Jan. 1935; V 491/34. — Berlin.) [v. B.]
<= RGZ. 146, 360.>

Anmerkung: I. Sowohl in diesem Fall wie auch schon in der früheren Beurteilung dieses Falles durch das Urt. v. 25. April 1934 (vgl. JW. 1934, 2394 [1]) und auch in einer früheren Entsch. v. 22. Dez. 1914 (RGWarn. 1915, 103 Nr. 75 = LZ. 1915, 998) betrachtet das RG. den Sachverhalt rechtlich lediglich unter dem Gesichtspunkt des Schadensbegriffes nach § 249 BGB. In keiner dieser Entsch. ist ein Hinweis darauf zu finden, wie die Rechtslage in dem Augenblick zu beurteilen ist, wenn der Befreiungsberechtigte zu Geld kommt. In folgerichtiger Fortsetzung der Ansicht des RG. hinsichtlich des Schadensbegriffes müßte man

zu dem seltsamen Ergebnis kommen, daß der Befreiungsberechtigte in dem Augenblick einen Vermögensschaden erleidet, wo er Vermögenswerte erwirbt. Bei dem gewöhnlichen Fall einer Schadenszufügung durch unerlaubte Handlung durch Begründung von Verbindlichkeiten für den Geschädigten, wie er dem Urteil des RG-Warn. 1915 Nr. 75 zugrunde liegt, hat die Ansicht des RG. noch zum Ergebnis, daß der Befreiungsanspruch völlig seiner akzessorischen Natur, an der juristisch wohl nicht zu zweifeln ist, entkleidet wird. Der Hauptanspruch des Gläubigers nämlich, zugunsten dessen die Befreiungsberechtigung entstanden ist, kann jederzeit von diesem im Prozeßwege verfolgt werden und wird regelmäßig wenigstens zu einem Offenbarungseidverfahren, wenn nicht zu einem Konkursantrag führen, während andererseits der Befreiungsberechtigte nach der Ansicht des RG. nicht die Möglichkeit hat, diese Lasten auf den Täter der unerlaubten Handlung abzuwälzen. Nimmt man aber nicht an, daß der Befreiungsanspruch erst mit der Erlangung von Vermögenswerten überhaupt entsteht, sondern daß er kraft seiner akzessorischen Natur sofort entsteht, wenn die Verbindlichkeit bebegründet wird, seine Durchsetzung lediglich nicht möglich ist, weil der Befreiungsberechtigte nicht beschwert ist, so kann folgende Diskrepanz eintreten:

Der aus der Verbindlichkeit Berechtigte kann den Befreiungsberechtigten mit der Klage in Anspruch nehmen und eine Unterbrechung der Verjährung nach §§ 209, 218 BGB. erreichen. Andererseits ist dem Befreiungsberechtigten eine gleiche Möglichkeit versagt, er kann also die Verjährung seines Befreiungsanspruches nach § 852 BGB. nicht hindern und bleibt dadurch der Geschädigte.

II. Es liegt aber in Wirklichkeit gar kein Problem des Schadensbegriffes nach § 249 BGB. vor. Die oben angeführte Möglichkeit, den Befreiungsberechtigten durch Klage in Anspruch zu nehmen usw., dürfte bei der herrschenden Auslegung des § 249 BGB. immer ausreichen, um einen Vermögensschaden als vorliegend zu bejahen. Insbes. ist zu beachten, daß das RG. seine Ansicht insbes. damit rechtfertigt, daß es unbillig wäre, wenn dem aus der Verbindlichkeit Berechtigten statt eines unvermögenden Schuldners ungerechtfertigterweise ein vermögender Schuldner durch den Befreiungsanspruch gegeben würde (vgl. JW. 1934, 2385). Dieses Argument kann aber nicht durchgreifen. Es führt vielmehr gerade zu einem unbilligen Ergebnis insofern, als der Täter der unerlaubten Handlung, je nachdem, ob er für einen vermögenden oder unvermögenden Dritten eine Verbindlichkeit durch seine Handlung begründet, einmal für seine Tat einstehen muß, das andere Mal nicht. Das RG. übersieht insbes. auch, daß das Vermögen des Befreiungsberechtigten ja lediglich eine Durchgangsstation darstellt, daß endgültig der Täter der Verpflichtete ist. Danach kann es auf das Vermögen des Befreiungsberechtigten gar nicht ankommen.

Folgt man allerdings der Ansicht des RG., so ist dem RG. auch hinsichtlich der Beweislastregelung zu folgen. Grundsätzlich bedeutet die Schuldbegründung einen Schaden für den Verpflichteten. Wer sich darauf beruft, daß ein Schaden dadurch nicht eingetreten sei, ist hierfür beweispflichtig.

III. Es handelt sich aber nicht um ein Problem des Schadensbegriffes, sondern um ein Problem der Fälligkeit, und unter diesem Gesichtspunkt sind der hier vorl. Fall und der in RGWarn. 1915 Nr. 75 behandelte Fall verschieden zu beurteilen. Das RG. kann und darf sich in diesem Fall nicht auf das dort genannte Urteil berufen.

Auszugehen ist von § 257 Abs. 1 BGB., daß für einen fälligen Hauptanspruch stets auch akzessorisch der Befreiungsanspruch gegeben, ohne Rücksicht darauf, ob der Hauptanspruch für den Verbindlichkeitsberechtigten durchsetzbar wäre oder nicht. Für einen nicht fälligen Anspruch besteht gem. § 257 Abs. 2 BGB. eine facultas alternativa des aus dem Befreiungsanspruch Verpflichteten.

1. Danach ist der dem RGWarn. 1915, 103 Nr. 75 unterbreitete Fall, daß durch eine unerlaubte Handlung für einen vermögenslosen Schuldner eine Verbindlichkeit begründet würde, dahin zu lösen, daß der Befreiungsanspruch sofort gegeben ist, weil der Hauptanspruch fällig ist.

2. Der vorl. Fall ist anders zu beurteilen, da durch die unerlaubte Handlung das Vermögen des Kl. mit einem Anspruch belastet worden ist, aus dem die Berechtigten nicht gegen ihn gerichtliche Schritte unternehmen können. Es handelt sich hier nämlich insbes. um Ansprüche von Anwälten der armen Partei, die gegen den Kl. gem. § 125 ZPO. erst vorgehen können, wenn dieser wieder zu Geld gekommen ist. Dieser Fall ist nun folgendermaßen zu beurteilen:

a) Folgt man der von Geiershöfer (JW. 1932, 2915, Anm. zu 60) vertretenen Ansicht, daß ein Anspruch des Armenanwalts gar nicht besteht, sondern erst zustande kommt, wenn die Voraussetzungen des § 125 ZPO. vorliegen, so ist sowohl der Hauptanspruch ein zukünftiger als auch der Befreiungsanspruch kraft seiner akzessorischen Natur. Es kämen demnach die allgemeinen Regeln über die Geltendmachung künftiger Leistungen gem. §§ 257 ff. ZPO. zur Anwendung.

Hinsichtlich der Bedenken, die gegen diese Ansicht sprechen (vgl. Pott, Die Rechtsnatur der staatlichen Gebührenerstattung an den Armenanwalt unter Berücksichtigung des Quotenarmenrechts, Carl Heymanns Verlag, Berlin 1933, S. 28).

b) Folgt man dagegen der herrschenden Meinung, daß der Anspruch des Armenanwalts sofort entsteht, lediglich noch nicht fällig ist (vgl. Stein-Jonas I zu § 125; Pott a. a. O. S. 29), so gilt hinsichtlich der Geltendmachung des Befreiungsanspruches die Regelung des § 257 Satz 2 BGB., d. h. der Befreiungsanspruch ist gegeben, der in Anspruch genommene Täter aus der unerlaubten Handlung ist jedoch berechtigt, die facultas alternativa der Sicherheitsleistung zu wählen.

Dies kann er jedoch nicht mehr dann, wenn die Voraussetzungen des § 125 ZPO. vorliegen, und zwar nicht erst dann, wenn ein Beschluß gem. § 125 ZPO. vorliegt. Man muß nämlich dem Befreiungsberechtigten, wie es auch das RG. tut, das Recht zubilligen, freiwillig seine Verbindlichkeiten zu erfüllen, wenn auch die Durchsetzungsmöglichkeit mangels eines Beschlusses nach § 125 ZPO. noch fehlt. Jedoch hat in diesem Fall, wo ein Beschluß nach § 125 ZPO. noch nicht vorliegt, der Befreiungsberechtigte die Beweislast dafür, daß er Vermögensstücke erlangt hat, mit denen er zahlen kann. Der in Anspruch genommene Täter aus der unerlaubten Handlung könnte lediglich dartun, daß der Befreiungsberechtigte eine Leistung ernstlich nicht beabsichtige, weil aus irgendeinem Grunde diese Vermögensstücke gar nicht zu verwerten seien.

So ist der vorl. Fall dahin zu lösen, daß der Bekl. mindestens zur Sicherheitsleistung verpflichtet ist. Durch den oben angeführten Nachweis der Nichternstlichkeit konnte er sich höchstens vor einer Pflicht zur Erfüllung der Verbindlichkeit bewahren.

RA. Dr. Otto Rilk, Berlin.

*

8. §§ 459 ff. BGB. **Der Mangel der beim Kaufabschluß über ein Erwerbsgeschäft vorausgesetzten Höhe der Ertragsfähigkeit ist kein Fehler im Sinne von § 459 Abs. 1 BGB., so daß ein Wandlungsanspruch wegen mangelnder Rentabilität nicht gegeben ist. In der Zusicherung, daß ein verkauftes Handelsgeschäft in längerer Vergangenheit einen bestimmten Reinertrag abgeworfen habe, kann die Zusicherung einer Eigenschaft des Erwerbsgeschäfts im Sinne von §§ 459 Abs. 2, 463 BGB. liegen.†)**

Gegenstand des Kaufvertrages ist eine „Metzgerei", also ein gewerbliches Unternehmen, ein Erwerbsgeschäft. Nach der ständigen Rspr. des RG. finden die besonderen Vorschr. des BGB. über den Sachkauf auch auf die Veräußerung anderer Güter gegen Geld entsprechende Anwendung, sofern dies nur der Gegenstand der Veräußerung gestattet. Das trifft bei einem Handels- oder sonstigen Erwerbsgeschäft zu. Demzufolge ist weiterhin von der Rspr. auch die Anwendbarkeit der §§ 459 ff. BGB. einschließlich der Best. des § 477 über die kurze Verjährung der Gewährleistungsansprüche wegen Sachmängel oder Fehlens zugesicherter Eigenschaften auf den Kauf von Erwerbsgeschäften bejaht worden (s. z. B. RGZ. 138, 354 ff. = JW. 1933, 905, mit weiteren Nachweisen, ferner RGUrt. v. 11. Mai 1934, II 52/34). Dabei ist anerkannt, daß unter den Begriff der Eigenschaft eines Erwerbsgeschäfts auch solche tatsächlichen und rechtlichen Verhältnisse fallen, welche zufolge ihrer Beschaffenheit und vorausgesetzten Dauer nach der Verkehrsauffassung einen Einfluß auf die Wertschätzung des Unternehmens zu üben pflegen. Schon in RGZ. 67, 86 ist indessen dargelegt, daß der Mangel der beim Kaufabschluß über ein Erwerbsgeschäft vorausgesetzten Höhe der Ertragsfähigkeit grundsätzlich überhaupt kein Fehler i. S. des § 459 Abs. 1 BGB. ist, so wenig wie der Irrtum über den Reinertrag einen Irrtum über eine Eigenschaft darstelle, daß vielmehr die Höhe des Ertrags in der Vergangenheit nur durch eine vertragliche Zusicherung zu einer i. S. des § 459 Abs. 2 BGB. erheblichen Eigenschaft werden könne. Von dieser Auffassung, die auch in der Rechtslehre Zustimmung gefunden hat (s. z. B. Planck, BGB., Anm. 1bβ zu § 459 BGB.), abzugehen, liegt kein Anlaß vor. Damit entfällt aber ohne weiteres die rechtliche Möglichkeit, den Wandlungsanspruch wegen angeb-

lich mangelnder Rentabilität überhaupt oder nicht ausreichender, angemessener Rentabilität des Geschäfts aus § 459 Abs. 1 BGB. herzuleiten. Die gegenteilige Ansicht des Vorderrichters ist rechtsirrig.

Dagegen kann allerdings in der Zusicherung, daß ein verkauftes Handelsgeschäft in der Vergangenheit einen bestimmten Reinertrag abgeworfen habe, die Zusicherung einer Eigenschaft des Geschäfts i. S. der §§ 459 Abs. 2, 463 BGB. (s. z. B. RGZ. 63, 61; 93, 74; RGWarn. 1913 Nr. 87 S. 310) unter der Voraussetzung gefunden werden, daß hierbei ein längerer Zeitraum in Frage kommt, die „Zusicherung" sich also nicht nur auf einen Zeitraum bezieht, der vermöge seiner verhältnismäßig kurzen Dauer noch keinen Maßstab für eine auch nur einigermaßen sichere Beurteilung des Geschäfts abgeben kann (s. z. B. JW. 1915, 1117[2]).

(U. v. 5. Febr. 1935; II 203/34. — München.) [v. B.]

Anmerkung: Dem Urteil ist zuzustimmen, sofern es die Vorschrift über den Sachkauf auf die Veräußerung von geschäftlichen Unternehmen analog anwenden will. Über die Bedenken, auch die Best. des § 477 BGB. über die kurze Verjährung anzuwenden, gibt die Anm. von RA. Dr. Plum: JW. 1933, 905 ff. Auskunft. Ich habe diese Bedenken in Enneccerus-Lehmann, Schuldrecht (12.) S. 392 noch entschiedener betont und die analoge Anwendbarkeit des § 477 BGB. abgelehnt.

Auch darin verdient das Urteil Zustimmung, daß es den Mangel einer beim Kaufabschluß vorausgesetzten Höhe der Ertragsfähigkeit des Erwerbsgeschäfts nicht als Fehler i. S. des § 459 Abs. 1 BGB. anerkennt, sondern die geringere Ertragsfähigkeit nur aus dem Gesichtspunkt des Fehlens einer zugesicherten Eigenschaft i. S. des § 459 Abs. 2 BGB. berücksichtigt. Die Entsch. bleibt auch insoweit durchaus auf der Linie der bisherigen Rspr. des RG.

Bemerkenswert ist an ihr vornehmlich, daß sie das Fehlen einer zugesicherten Eigenschaft nur dann annehmen will, wenn die Zusicherung sich nicht bloß auf einen verhältnismäßig kurzen Zeitraum, sondern auf einen längeren Zeitraum bezieht, der einen Maßstab für eine einigermaßen sichere Beurteilung des Geschäftes abgeben kann.

Eine schärfere Prüfung der Voraussetzungen der Zusicherung nach dieser Richtung muß einen gesunden erzieherischen Einfluß ausüben.

Prof. Dr. Heinrich Lehmann, Köln.

*

**9. § 140 HGB.

I. § 140 HGB. ist dahin auszulegen, daß derjenige von mehreren Auszuschließenden, der das Vorhandensein eines wichtigen Grundes in seiner Person anerkennt, in seine Ausschließung einwilligt und sich zum Ausscheiden gleichzeitig mit den auf Ausscheidung Verklagten verpflichtet, weder den Antrag gegen die übrigen Auszuschließenden zu stellen braucht noch mitverklagt werden muß. Der Sinn des § 140 HGB. ist der, daß die Ausschließung nicht erfolgen soll, wenn diejenigen, die nachher die Gesellschaft allein fortsetzen sollen, gar nicht darüber einig sind, daß die Gesellschaft nur unter ihnen fortgesetzt werden soll, ein Teil von ihnen vielmehr die Gesellschaft mit dem — nach Ansicht anderer — Auszuschließenden fortsetzen möchte oder bei Vorliegen eines wichtigen Grundes die Auflösung vorziehen würde.

II. Bei Entscheidung der Frage, ob ein wichtiger Grund vorliegt, der die Ausschließung rechtfertigt, ist auch zu prüfen, ob die Gesamtumstände des Falls die Ausschließung rechtfertigen. Die Entscheidung liegt überwiegend auf tatsächlichem Gebiet. Aus dem Treueverhältnis und aus der besonders einschneidenden Wirkung des Ausschlusses, bei der im Gegensatz zur Auflösung der Gesellschaft in der Regel der ausgeschlossene Gesellschafter schlechter gestellt wird als die in der Gesellschaft verbleibenden, ergibt sich, daß von dieser Maßregel nur Gebrauch gemacht werden darf, wenn das Ziel der Ausschließung, durch die nur Abwendung von Schaden von der Gesellschaft, nicht aber Verbesserung der Lage der Verbleibenden erstrebt werden soll, nicht auf anderem Wege erreicht werden kann.

Gesellschafter der OHG. D. & Co. in B. waren die fünf Kl., die beiden Bekl. Siegfried B. und Max H. und Adolf H. Die Bekl. und Adolf H. sind Juden. Sie waren zusammen mit 25% des Kapitals und ebenso am Gewinn und Verlust beteiligt. Die fünf Kl., die deutschstämmig sind, beantragen, die Bekl. aus der OHG. als persönlich haftende Gesellschafter auszuschließen. Den Antrag begründen sie damit, daß durch die nationale Bewegung die Stellung der Juden im Geschäftsleben, in der Gesellschaft, im Staate und im deutschen Volksbewußtsein eine solche Veränderung erfahren habe, daß es den deutschstämmigen Kl. nicht zugemutet werden könne, die Gesellschaft mit ihren jüdischen Mitgesellschaftern fortzusetzen. Auch sei durch die nichtarische Abstammung der Bekl. der Geschäftsbetrieb gefährdet. Die jüdische Abstammung eines Teilhabers sei deshalb ein wichtiger Grund i. S. der §§ 133, 140 HGB. Verhandlungen über ein freundschaftliches Ausscheiden der drei jüdischen Teilhaber seien den Bekl. gegenüber an deren übertriebenen Forderungen gescheitert. Dagegen habe Adolf H. durch Vertrag v. 22. Aug. 1933 ausdrücklich anerkannt, daß die Voraussetzungen für seine Ausschließung gem. § 140 HGB. gegeben sind; der Vertrag mit ihm sei aufschiebend dadurch bedingt, daß die Kl. im gegenwärtigen Prozeß obsiegen. Beide Vorinstanzen erkannten nach dem Klagantrage.

I. Nach der Ansicht des BG. ist der Vorschrift des § 140 HGB., nach der der Antrag auf Ausschließung eines Gesellschafters aus einer OHG. von sämtlichen übrigen Gesellschaftern gestellt werden muß, genügt, obwohl der Mitgesellschafter Adolf H. sich nicht am Rechtsstreit beteiligt. Auf der Seite der Kl. sei seine Beteiligung nicht angängig, da er ebenso wie die Bekl. Jude ist. Er könne auch nicht mitverklagt werden, weil er sich bereitgefunden habe, freiwillig aus der Gesellschaft auszuscheiden. Möge der Vertrag, den er lediglich mit den Kl. geschlossen habe, gültig sein oder nicht; solange er sich nicht gegen das Ausschließungsbegehren der Kl. wende, hätten diese auch kein Rechtsschutzinteresse für eine Ausschließungsklage gegen ihn.

Die Rev. hält diese Auffassung für verfehlt. Durch die Vorschrift des § 140 HGB., daß die Ausschließung eines Gesellschafters im Gegensatz zur Auflösungsklage nach § 133 HGB. von den übrigen Gesellschaftern beantragt werden müsse, komme zum Ausdruck, daß an einem solchen Rechtsstreit, der eine Änderung in der Zusammensetzung der Gesellschaft herbeiführen soll, alle Gesellschafter auf der einen oder anderen Seite als Partei beteiligt sein müssen. Das RG. habe in RGZ. 122, 315 = JW. 1929, 629 ausgesprochen, daß es sich hier um eine notwendige Streitgenossenschaft handle. Gleichgültig, ob der Vertrag zwischen Adolf H. und den Kl. gültig sei oder nicht, sei ersterer noch Gesellschafter. Ohne Einvernehmen der Bekl. habe er nicht ausscheiden können. Es müsse angenommen werden, daß ein gültiger Vertrag nicht vorliege. Dann aber liege eine rechtsgültige Erklärung des Adolf H., freiwillig aus der Gesellschaft auszuscheiden, nicht vor, weil eine solche Vereinbarung doch auch die gültige Vereinbarung über die Bedingungen des Ausscheidens voraussetze. Sodann sei auch die Bereitwilligkeit, freiwillig auszuscheiden, nicht dasselbe wie die durch § 140 HGB. geregelte Ausschließung des oder der Gesellschafter. Und endlich komme es auf die Frage, ob der eine oder der andere Gesellschafter freiwillig sein Einverständnis erkläre, überhaupt nicht an. Denn auch in einem solchen Falle müsse die Ausschließungsklage die sämtlichen Gesellschafter im Prozeß erfassen.

Der Angriff kann zu einer sofortigen Abweisung der Klage nicht führen.

Die Lösung ergibt sich aus der Prüfung des Zweckes, den das Gesetz verfolgt, wenn es im Gegensatz zu § 737

Satz 3 BGB., der für die Gesellschaft des bürgerlichen Rechts die Ausschließung durch eine Erklärung der übrigen Gesellschafter gegenüber den auszuschließenden wirksam werden läßt, im § 140 HGB. für die OHG. bestimmt, daß auf Verlangen der übrigen Gesellschafter die Ausschließung vom Prozeßgericht, also durch Gestaltungsurteil, ausgesprochen werden kann. Würde sich, wie bei der Ehe, die Notwendigkeit eines gerichtlichen Urt. als aus dem Wesen des zugrunde liegenden Rechtsverhältnisses und dessen überwiegendem Interesse für die Volksgemeinschaft ergeben, weil eben die Beendigung durch private Vereinbarung dem öffentlichen Interesse widersprechen würde, so müßte auch dann ein richterliches Urt. gefordert werden, wenn nur ein einziger Gesellschafter ausgeschlossen werden sollte, selbst wenn dieser mit der Ausschließung einverstanden wäre. Ein so weitgehendes öffentliches Interesse besteht aber bei der OHG. nicht. Da die Parteien schon bei der Gründung der OHG. — im Gegensatz zur Ehe — vereinbaren können, daß die Gesellschaft nur auf bestimmte Zeit bestehen solle, oder daß ein einzelner Gesellschafter nur für eine bestimmte Zeit oder bis zum Eintritt eines bestimmten Ereignisses Gesellschafter sein solle, und da auch der Vertrag jederzeit abgeändert werden kann, kann die Vorschrift des § 140 HGB. nur einen weniger weitgehenden Zweck haben als die Vorschriften über die Ehescheidung, nämlich den, der Rechtssicherheit zu dienen, während bei der Ehe das Interesse des Staates an der Erhaltung der Ehe im Vordergrunde steht. Es ist deshalb nicht ersichtlich, weshalb eine Klage und ein richterliches Urt. auch dann erforderlich sein soll, wenn die Klarstellung und die gebotene Änderung des Rechtsverhältnisses auch in anderer Weise erreicht werden kann, nämlich durch eine Vereinbarung unter denen, zwischen denen über die Fortdauer des Rechtsverhältnisses bisher Streit bestand. Es wäre ein zweckloser Formalismus, wenn trotz dieser Klarstellung noch ein Urt. erforderlich wäre. Auch wenn der Zweck des § 140 HGB. der ist, die Ausschließung, die nur den Ausschließenden trifft, im Gegensatz zur Auflösung, die alle gleich behandelt, zu erschweren und dem Auszuschließenden eine Garantie gegen einen Mißbrauch des Ausschließungsrechts zu gewähren, kann ein richterliches Urt. nicht unbedingtes Erfordernis sein, wenn der Auszuschließende mit seiner Ausschließung einverstanden ist. Anders kann die Rechtslage auch nicht sein, wenn statt eines mehrere Gesellschafter ausgeschlossen werden sollen und nur zwischen einem von diesen und den die Ausschließung Betreibenden eine Einigung zustande kommt. Als Streitende stehen sich dann nicht der Einwilligende und alle anderen, auch die gleichfalls Auszuschließenden gegenüber, sondern auf der einen Seite die die Ausschließung Betreibenden, auf der anderen alle Auszuschließenden. Der Sinn des § 140 HGB. ist der, daß die Ausschließung nicht erfolgen soll, wenn diejenigen, die nachher die Gesellschaft allein fortsetzen sollen, gar nicht darüber einig sind, daß die Gesellschaft nur unter ihnen fortgesetzt werden soll, ein Teil von ihnen vielmehr die Gesellschaft mit dem nach Ansicht anderer Auszuschließenden fortsetzen möchte oder bei Vorliegen eines wichtigen Grundes die Auflösung vorziehen würde. Es ist auch nicht erkennbar, welchen Vorteil es für die übrigen Auszuschließenden haben sollte, wenn ein anderer, der mit seiner Ausschließung einverstanden ist, mitverklagt werden müßte. Wenn gesagt wird, daß sämtliche Gesellschafter entweder auf seiten der Kl. oder der Bekl. stehen müssen, so kann dies nur für diejenigen gelten, zwischen denen noch ein Streit über die Ausschließung besteht. In RGZ. 122, 315 = JW. 1929, 629 ist zwar unter Anführung des § 62 ZPO. ausgesprochen, das streitige Rechtsverhältnis könne allen Streitgenossen gegenüber nur einheitlich festgestellt werden. Es handelt sich dort aber nur darum, daß eine Trennung der Klage des einen Kl. (eines persönlich haftenden Gesellschafters) und der drei Mitkl. (Kommanditistinnen) für nicht zulässig angesehen wurde, weil nach § 140 HGB. der Antrag auf Ausschließung von allen übrigen Gesellschaftern zu stellen sei. Es sollte damit nur gesagt sein, daß alle diejenigen, die die anderen ausschließen wollen, weil sie alle den Antrag nach § 140 HGB. stellen müssen und ihnen gegenüber einander widersprechende Urt. nicht möglich sind, notwendige Streitgenossen sind. Daß auch mehreren Auszuschließenden gegenüber das streitige Rechtsverhältnis nur einheitlich festgestellt werden könne, sagt das Urt. nicht. Es konnte in der Person des einen Gesellschafters der wichtige Grund i. S. des § 133 HGB. vorliegen, in der des anderen nicht. Es war deshalb denkbar, daß zunächst gegen den einen von allen übrigen eine Ausschließungsklage erhoben und abgewiesen und dann gegen einen anderen eine solche Klage erhoben wurde und durchdrang. Von einem Rechtsverhältnis, das nur einheitlich festgestellt werden könnte, kann daher bei mehreren Auszuschließenden nicht gesprochen werden. Verklagten alle die Ausschließung Begehrenden alle nach ihrer Meinung Auszuschließenden gleichzeitig, so konnte doch der eine der letzteren zugeben, daß der wichtige Grund in seiner Person gegeben sei, oder der Klage gar nicht entgegentreten, ohne daß die anderen Verklagten dies hindern konnten. Man hält dann, wenn die Klage gegen mehrere Gesellschafter erhoben, aber gegen einen unbegründet ist, die innerhalb oder außerhalb des Prozesses von letzterem erklärte Einwilligung zur Ausschließung des Mitverklagten nicht für ausreichend. Dem ist zuzustimmen. Der Grund ist aber der, daß der Zustimmende dann zu denen gehört, die die anderen ausschließen, aber selbst in der Gesellschaft bleiben wollen, und daß deshalb auch er nach § 140 HGB. den Ausschließungsantrag nur durch Klagerhebung stellen kann. Der Grund der Klageabweisung ist nicht in der Streitgenossenschaft der Verklagten, sondern darin zu finden, daß der eine Verklagte, bei dem der wichtige Grund nicht vorliegt, in der Rolle des Antragstellers hätte auftreten müssen, weil er selbst Gesellschafter bleiben will. Im vorl. Fall will aber nach der Klage der Gesellschafter Adolf H. ausscheiden. Durch die Einwilligung eines Gesellschafters in seine Ausschließung werden die Interessen der anderen Auszuschließenden in der Regel nicht berührt. Liegt in der Person der letzteren der von den Kl. behauptete wichtige Grund nicht vor, so wird die Klage abgewiesen. Die Bekl. erleiden dann durch die Einwilligung des dritten Gesellschafters in seine Ausschließung keinen Nachteil. Sie brauchen, wenn sie infolge der Klageabweisung Gesellschafter bleiben, auch die Vereinbarungen nicht anzuerkennen, die die anderen unter sich getroffen haben. Es bestehen daher keine rechtlichen Bedenken, die Vorschrift des § 140 HGB., nach der der Ausschließungsantrag von den übrigen Gesellschaftern gestellt werden muß, dahin auszulegen, daß derjenige von mehreren Auszuschließenden, der das Vorhandensein eines wichtigen Grundes in seiner Person anerkennt und in seine Ausschließung einwilligt, sich auch noch besonders zum Ausscheiden gleichzeitig mit den Verklagten verpflichtet, weder den Antrag gegen die übrigen Auszuschließenden zu stellen braucht noch mitverklagt werden muß. Eine die Kl. und den freiwillig Ausscheidenden bindende Vereinbarung müßte freilich verlangt werden. Denn andernfalls könnte der angeblich Einwilligende Gesellschafter bleiben, ohne daß die Kl. oder die Bekl. dies verhindern könnten. Dies käme auf eine Umgehung des Gesetzes hinaus. Deshalb mußte das BG. prüfen, ob eine bindende Erklärung des Adolf H. vorlag, und ob sie noch im Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung bestand. Ein Vertrag zwischen den Kl. und Adolf H. war geeignet, diese Verpflichtung zu begründen. Zwar konnte dies nicht durch Abänderung des Gesellschaftsvertrages geschehen; denn dabei hätten auch die bekl. Gesellschafter mitwirken müssen. Es ist aber rechtlich möglich, daß ein Teil der Gesellschafter mit einem der übrigen die Vereinbarung trifft, daß dieser ausscheidet, wenn der Rest ausgeschlossen wird. Denn die Vereinbarung bezieht sich dann auf die Gesellschaft, an der die Bekl. nicht mehr beteiligt sind. Gegen eine solche Vereinbarung ist jedenfalls in der Regel dann nichts einzuwenden, wenn ein einseitiges Kündigungsrecht dieses Gesellschafters besteht, die übrigen ihn also doch nicht in der Gesellschaft festhalten können. Die Meinung des BG., daß es auf die Rechtswirksamkeit des Abkommens zwischen den Kl. und Adolf H. nicht ankomme, beruht hiernach auf Rechtsirrtum.

II. Dem BG. ist darin beizutreten, daß, wenn in der Zugehörigkeit eines Gesellschafters zum Judentum überhaupt ein wichtiger Grund i. S. des § 133 HGB. zu finden ist, es sich

zugleich um einen in der Person dieses Gesellschafters liegenden Grund handeln würde, was zum Tatbestand der Ausschließungsklage nach § 140 HGB. erforderlich ist. Denn wenn die Eigenschaft des Gesellschafters als Jude im Zusammenhang mit anderen Tatsachen, wie dem Wandel der Anschauungen des deutschen Volkes in seiner Einstellung zur Rassenfrage, eine schwere Gefährdung des Unternehmens zur Folge hat, so tritt eben der Umstand, der nach § 133 die Auflösungsklage begründet, in der Person dieses Gesellschafters ein. Denn beide Tatsachen, Eigenschaft des Gesellschafters und geänderte Einstellung des Volkes, wirken dann zusammen und bilden den wichtigen Grund. Dieser würde nicht vorliegen, wenn nicht die Eigenschaft des Gesellschafters als Jude vorhanden wäre. Darauf, ob in der Person des einzelnen jüdischen Gesellschafters noch darüber hinaus andere Tatsachen vorliegen, die einen wichtigen Grund i. S. des § 133 darstellen könnten, kommt es nicht an.

Auch der Hinweis der Rev. darauf, daß die Ausschließung einen strafbaren Charakter habe und deshalb grundsätzlich die Ausschließung wegen der Eigenschaft eines Gesellschafters als Jude nicht statthaft sei, trifft nicht zu. Die Ausschließung nach § 140 HGB. hat nicht grundsätzlich strafartigen Charakter. Sie kann ebenso erfolgen wie die Auflösung nach § 133 HGB., denn der wichtige Grund kann in einer völlig unverschuldeten Tatsache gefunden werden, wie unheilbare Krankheit oder Zugehörigkeit eines Gesellschafters zu einem mit Deutschland in Feindschaft lebenden Staate, wenn dadurch der Bestand des Unternehmens bedroht wird.

Im übrigen hat das Gericht nach seinem Ermessen unter Beachtung aller Umstände des Einzelfalles zu entscheiden, ob ein wichtiger Grund vorliegt. Die Entsch. liegt überwiegend auf tatsächlichem Gebiet. Jedoch unterliegt das Urt. insofern der Nachprüfung in der RevInst., als es sich darum handelt, ob das BG. den Begriff des wichtigen Grundes verkannt hat, und ob es auch alle Umstände des Falles gewürdigt hat.

Ohne Rechtsirrtum lehnt das BG. die Ansicht der Kl. ab, daß die Eigenschaft eines Gesellschafters als Jude schon wegen der durch die nationale Bewegung geänderten Stellung der Juden im Geschäftsleben, in der Gesellschaft, im Staate und im deutschen Volksbewußtsein als Ausschließungsgrund anzusehen sei. Es weist mit Recht darauf hin, daß die Grundsätze der nationalsozialistischen Regierung über die Regelung der Arierfrage für die Staatsbeamten, die als Regel die Nichtarier von der öffentlichen Beamtenstellung ausschließt, auf die Wirtschaft nicht angewendet werden können, und daß ein Jude sogar Wirtschaftsführer sein könne. Es kommt vielmehr darauf an, ob der Gesellschaft durch das Verbleiben der jüdischen Gesellschafter in ihr ein schwerer Schaden droht. Das BG. führt dann aus: Jeder Deutsche, der die Erkenntnis gewinne, daß das Judentum im Gegensatz zum Wesen des Deutschtums stehe, und es als Hindernis der vom Nationalsozialismus her im Ausbau begriffenen nationalsozialistischen Volksgemeinschaft ansehe, werde nicht nur eine eigene gewerbliche Gemeinschaft mit Juden ablehnen, sondern auch bei anderen verurteilen, denn er empfinde, daß derjenige, der eine solche Gemeinschaft aufrechthalte, obwohl allgemein menschlich und volkswirtschaftlich wichtige Gründe nicht vorliegen, sich außerhalb der neuen Volksgemeinschaft stelle. Dieses nationalsozialistische Gedankengut werde durch täglich fortschreitendes, durch Aufklärung und Schulung gefördertes Erleben der deutschen Volksgenossen immer mehr Gemeingut.

Liegt in den letzten Ausführungen des BG. einer der tragenden Gründe für die Entsch., so stünden sie im Gegensatz zu der vorhergehenden Ausführung, daß nicht ohne weiteres in der Judeneigenschaft der Bekl. ein wichtiger Grund i. S. der §§ 133, 140 HGB. liege. Denn wenn die im Wachsen befindliche Erkenntnis des deutschen Volkes von dem Gegensatz des Judentums zu dem Deutschtum und seiner Gefahr für den Neuaufbau der Wirtschaft dazu führen würde, daß gewerbliche Gemeinschaft mit Juden abzulehnen und bei anderen zu verurteilen sei, dann müßte jedes Unternehmen, in dem jüdisches Kapital arbeitet und an dessen Leitung Juden beteiligt sind, wegen dieser Judeneigenschaft allein schwer geschädigt werden.

Dabei beachtet aber das BG. doch die von ihr zwar gewürdigten Kundgebungen der maßgebenden Reichsstellen und Wirtschaftsführer zur Notwendigkeit des Schutzes auch jüdischer Unternehmungen und des jüdischen Kapitals nicht in ausreichender Weise. Wenn in diesen Verlautbarungen immer wieder vor Boykott, auch rein jüdischer Geschäfte, gewarnt wird, und auch auf die Notwendigkeit der Ausnutzung jüdischen Kapitals in der Volkswirtschaft hingewiesen wird, so ist bei der großen Autorität dieser Stellen im heutigen Staate und der großen Bedeutung der mit den Kundgebungen erstrebten Ziele damit zu rechnen, daß sie einer ausschließlichen Verwertung der Rassenzugehörigkeit des Unternehmers bei der Werbung doch immerhin ein Gegengewicht insofern bieten, als die Verbraucherkreise hauptsächlich auf die Leistung sehen werden und nicht auf die Herkunft des Kapitals des einzelnen Unternehmens allein entscheidendes Gewicht legen. Auf dieser Verkennung der Bedeutung der autoritären Kundgebungen beruht es möglicherweise auch, wenn das BG. den Hinweis der Bekl. darauf, daß die Umsätze der Firma D. trotz der veränderten Einstellung des Volkes im allgemeinen i. J. 1933 sogar gestiegen sind, mit dem allgemeinen Satz ablehnt, daß ein auffälliger Geschäftsrückgang in der Zukunft zweifellos zu erwarten sei. Wenn in den Gründen weiter gesagt wird, gerade für die Firma D. & Co. sei der Rückgang unvermeidlich, da diese Firma in der Hauptsache allbekannte und wegen des Rufes und Ansehens der Firma begehrte Markenartikel herstelle, so ergibt sich aus dieser Tatsache keineswegs der ohne jede nähere Begründung daraus abgeleitete Schluß, gerade für derartige Artikel sei die Gefahr der Ablehnung durch die Käuferschaft besonders groß. Ebensowenig einleuchtend ist auch die weitere Erwägung, aus dem gleichen Grunde — also weil es sich um bestimmte, bekannte Markenartikel handle —, liege auch die Gefahr, daß die Kenntnis von der jüdischen Beteiligung an der Firma in die weiteren Kundenkreise dringe, näher als bei anderen Firmen, da gerade in diesen Fällen die jüdische Teilhaberschaft, sowohl von der arischen wie von der jüdischen Konkurrenz zur Anpreisung eigener Ware ausgenützt werde. Zunächst ist es wenig wahrscheinlich, daß eine jüdische Konkurrenzfirma ihre Ware mit der Begründung anpreist, daß auch die Konkurrenz mit jüdischem Kapital arbeite. Eher wird anzunehmen sein, daß die jüdische Konkurrenz unter den heutigen Verhältnissen von ihrer jüdischen Eigenschaft möglichst wenig spricht. Der Hinweis einer arischen Firma, daß in dem Konkurrenzunternehmen jüdisches Kapital arbeite, würde aber nur ganz ausnahmsweise den Erfordernissen eines lauteren Wettbewerbs entsprechen. Die Bedeutung der Markenartikel liegt aber gerade darin, daß der Verbraucher in der Marke eine Garantie für die Qualität des Erzeugnisses sieht. Das BG. konnte sich auch nicht mit der Erwägung begnügen, daß die etwa vorhandene Umsatzsteigerung auf das Aufleben der deutschen Wirtschaft zurückzuführen sei. Denn die Bekl. hatten behauptet, daß im Gegensatz zur Konkurrenz gerade bei der Firma D. & Co. trotz des einsetzenden Boykotts eine ganz erhebliche Umsatzsteigerung eingetreten sei. Wenn das BG., ohne den Sachverhalt im einzelnen unter Prüfung der Richtigkeit der Behauptungen der Bekl. zu untersuchen, ausspricht, ein erheblicher Rückgang des Geschäftes sei „zweifellos zu erwarten", so kann darin nicht eine tatsächliche Feststellung, sondern nur eine bloße Vermutung gesehen werden. Das BG. müßte auch beachten, daß die Bekl. die Behauptung der Kl., nach der im Gegensatz zu anderen Absatzgebieten gerade in Berlin, wo die Bekl. tätig waren, der Absatz zurückgegangen war, bestritten hatten.

Bei Entsch. der Frage, ob ein wichtiger Grund vorliegt, der die Ausschließung rechtfertigt, ist auch zu prüfen, ob die Gesamtumstände des Falles die Ausschließung rechtfertigen. In RGZ. 122, 312 = JW. 1929, 629 hat der Sen. ausgesprochen, daß es dem Richter freisteht, einen wichtigen Grund nicht anzunehmen, wenn ihm die Ausschließung unbillig erscheint. Als Tatsachen in dieser Richtung können in Betracht kommen, daß ein Gesellschafter, wie es hier der Fall ist, ein früher selbständiges Unternehmen in das neue eingebracht hat und nun wegen seines Alters nicht mehr in der Lage ist, ein neues Unter-

nehmen aufzubauen oder durch ein auch nach seinem Ausscheiden noch wirksames Wettbewerbsverbot daran gehindert ist. (Nach dem Vertrag mit Adolf H. stehen die Kl. auf dem Standpunkt, daß ein solches Verbot besteht.) Auch die Tatsache, daß ein Gesellschafter — wie der Bekl. zu 2 — Frontkämpfer ist, kann für die Billigkeitsabwägung des Richters eine Rolle spielen, um so mehr, als es auch, abgesehen von den Ausnahmen, die im BWHG. zugunsten von Frontkämpfern gemacht sind, der Volksanschauung entsprechen wird, wenigstens in geeigneten Fällen von der etwa sonst gegenüber nichtarischen Geschäftsleuten bestehenden ablehnenden Einstellung abzusehen. Zu berücksichtigen war auch, daß die Kl. tatsächlich auch nach außen, nämlich im Ein- und Verkauf und im Reklamewesen das Unternehmen geleitet haben. Zwar kann trotz dieser Umstände im Einzelfall ein wichtiger Grund zur Ausschließung vorliegen. Haben sich aber die Bekl. auf solche besondere Umstände berufen, so muß sich der Richter in der Urteilsbegründung damit auseinandersetzen. Andernfalls ist damit zu rechnen, daß er nicht alle Umstände des Einzelfalls gewürdigt und von einem Rechtsirrtum über den Begriff des wichtigen Grundes geleitet worden ist. In diesem Zusammenhang ist auch zu beachten, daß nicht jede, wenn auch nicht unbedeutende Verminderung des Absatzes einen wichtigen Grund zum Ausschluß langjähriger, wegen ihres persönlichen Verhaltens nicht zu beanstandender Gesellschafter darstellt, und daß den Mitgesellschaftern mit Rücksicht auf das das Gesellschaftsverhältnis beherrschende Treueverhältnis auch Opfer zugemutet werden können, wenn dadurch ihre und die Existenz des Unternehmens nicht bedroht wird (vgl. RG.: JW. 1934, 2403).

Aus dem Treueverhältnis und aus der besonders einschneidenden Wirkung des Ausschlusses, bei der im Gegensatz zur Auflösung der Gesellschaft in der Regel der ausgeschlossene Gesellschafter schlechter gestellt wird als die in der Gesellschaft verbleibenden, ergibt sich auch, daß von dieser Maßregel nur Gebrauch gemacht werden darf, wenn das Ziel der Ausschließung, durch die nur Abwendung von Schaden von der Gesellschaft, nicht aber Verbesserung der Lage der Verbleibenden erstrebt werden soll, nicht auf anderem Wege erreicht werden kann. So hat der Sen. bereits früher, JW. 1933, 98², ausgesprochen, daß die Ausschließung nicht angebracht ist, wenn der Zweck, den durch unverschuldete Geisteskrankheit eines geschäftsführenden Gesellschafters der Gesellschaft drohenden Nachteil zu vermeiden, schon dadurch erreicht werden kann, daß der Gesellschafter durch Änderung des Gesellschaftsvertrages von der Geschäftsführung und Vertretung ausgeschlossen, oder daß das gleiche Ergebnis durch einen Antrag auf gerichtliche Entsch. nach §§ 117, 127 HGB. herbeigeführt wird. Dieser Weg läge hier schon deshalb nicht fern, weil nach dem bereits erwähnten eigenen Vortrag der Kl. der Bekl. zu 1 sich fast gar nicht, der Bekl. zu 2 nur auf einem untergeordneten Gebiete betätigt hat, der Bekl. zu 1 zur Mitarbeit nach dem Gesellschaftsvertrag in der Regel überhaupt nicht, der Bekl. zu 2 nur insoweit verpflichtet ist, als es ihm seine körperlichen Kräfte gestatten, und bei der immerhin noch verbleibenden Zahl der anderen Gesellschafter nicht ersichtlich ist, daß es heute auf die Mitarbeit der Bekl. ankommt. In diesem Zusammenhang kommt auch in Betracht, daß der Gesellschaftsvertrag das Recht zur Entziehung der Vertretungs- und Geschäftsführungsbefugnis nur für bestimmte und diesen ähnliche Fälle zuläßt und damit auch zum Ausdruck bringt, daß die Gesellschafter nur in besonders wichtigen Fällen aus ihrer Stellung entfernt werden sollen. Der weite Spielraum, den das Gesellschaftsrecht des HGB. der verschiedenartigsten Ausgestaltung der Stellung der Gesellschafter läßt, gibt auch die Möglichkeit, die mit dem Verbleiben der Bekl. als offene Gesellschafter für die Gesellschaft verbundenen Gefahren zu beseitigen und doch die für die Bekl. mit der Ausschließung verbundenen Härten zu vermeiden. Diese Härte besteht namentlich darin, daß nach dem Gesellschaftsvertrag die genehmigte Jahresbilanz auch als Auseinandersetzungsbilanz gilt, und daß bei der Auseinandersetzung zwar ein Zuschlag für die stillen Reserven, aber keine Vergütung für den Firmenwert, der bei der Größe des Unternehmens nicht ohne Bedeutung wäre, zu gewähren ist, und daß das so festgestellte Guthaben auch dann zugrunde zu legen ist, wenn ein als offener Gesellschafter Ausgeschlossener nach dem ihm im Gesellschaftsvertrage eingeräumten Rechte mit dem Auseinandersetzungsguthaben als stiller Gesellschafter an der Gesellschaft beteiligt bleibt. Die Kl. behaupten, daß diese Best. auch auf den vorl. Fall Anwendung finden. Sie haben den Bekl. auch vor Klagerhebung ein Vertragsangebot auf dieser Grundlage gemacht; später wollten sie sogar nur die Beteiligung der Bekl. mit ihrem Abfindungsguthaben als Darlehensgeber zugestehen. Es kann dahingestellt bleiben, ob die Best. des Vertrages über die Höhe des Auseinandersetzungsguthabens auch auf den vorl. Fall des Ausschlusses, an den die Parteien bei Abschluß des Gesellschaftsvertrages nicht gedacht haben können, Anwendung findet. Unter dem Gesichtspunkt des wichtigen Grundes bedarf es aber doch einer Prüfung, ob es nicht der Billigkeit entspricht, daß die Kl. unter den bestehenden besonderen Umständen, ehe sie die härteste Maßnahme der Ausschließung fordern, den Bekl. ein Angebot machen, durch das ein Nachteil für die Bekl. tunlichst abgewendet und auch der Anschein vermieden wird, als wollten sich die Kl. bei der sich jetzt bietenden Gelegenheit aus Eigennutz einen besonderen Vorteil verschaffen. Bei der Vertragsfreiheit im Gesellschaftsrecht könnte beides dadurch erreicht werden, daß die Beteiligung der Bekl. zwar in die einer stillen Gesellschaft umgewandelt, daß ihnen aber im inneren Verhältnis die bisherige Rechtsstellung eingeräumt wird. Nur wenn ein Verbleiben der Kl. in ihrer bisherigen Stellung in der Gesellschaft diese in der Tat schwer schädigen und in ihrer Existenz bedrohen würde, und wenn ein billiges Angebot der Kl. an dem Verhalten der Bekl. scheitert, würde ein wichtiger Grund zur Ausschließung gegeben sein.

(U. v. 11. Dez. 1934; II 148/34. — Hamm.) [v. B.]

<= RGZ. 146, 169.>

*

**** 10.** §§ 213, 217, 249 HGB.

I. Die von der Rspr. des RG. angenommene Unterscheidung zwischen Erstaktionär und nachträglichem Erwerber der Aktie im Hinblick auf § 213 HGB. gilt nur in den Fällen, wo die AktG. aus allgemeinen Rechtsgründen zu Maßnahmen verpflichtet war oder sich verpflichtete, die im Erfolg eine Ausschüttung von Stammvermögen an den Aktionär zur Folge haben mußten. Hier soll § 213 HGB. vorgehen, wenn solche Verpflichtung bei der ersten Begründung des Aktienrechts geschaffen wurde; dagegen soll es bei den allgemeinen Rechtsgrundsätzen verbleiben, wenn die Einlösungsgarantie einem die Aktien betreffenden Umsatzgeschäft als Bestandteil angehört, und § 213 HGB. den allgemeinen Rechtsgrundsätzen gegenüber zurücktreten, auch wenn deren Anwendung im Erfolg eine Ausschüttung von Stammvermögen an den Aktionär zur Folge haben würde. Liegt ein sog. Umsatzgeschäft der AktG. nicht vor, so gilt das Verbot des § 213 HGB. nicht nur den Erstaktionären, sondern allen Aktionären gegenüber, um im öffentlichen und Gläubigerinteresse bei bestehender Gesellschaft die Vermögenssubstanz der Gesellschaft zu erhalten. Entscheidend für die Frage, ob aus dem Stammvermögen gem. § 213 HGB. gezahlt ist, ist stets, ob der Gesellschaft vor, bei oder nach der Eingehung der Leistungspflicht eine vollwertige Gegenleistung zugeflossen ist, so daß die Leistung ohne Minderung des zur Erhaltung des Stammkapitals erforderlichen Vermögens der Gesellschaft möglich war.

II. Ein allgemeines Schadensersatzrecht der Gesellschaftsgläubiger gegenüber den Organen der Gesellschaft wegen Verletzung der denselben obliegenden Sorgfaltspflicht besteht nicht, da

diese Sorgfaltspflicht den Organen nach dem Gesetz gegenüber der Gesellschaft, nicht aber den Gläubigern obliegt. Der Konkursgläubiger kann aber auch das neben dem Recht der Gesellschaft bestehende Recht der Gesellschaftsgläubiger gem. §§ 241 Abs. 1, 249 Abs. 3 HGB. geltend machen, soweit auf Grund dieser Vorschriften den Gläubigern Ersatzansprüche erwachsen sind; außervertragliche Schadensersatzansprüche gem. § 826 BGB. aus einer gegen die Gesellschaftsgläubiger begangenen unerlaubten Handlung gehören nicht dazu.

I. Der Kl. gründet die Klageansprüche auf die §§ 213, 215, 217 HGB. Das BG. sieht diesen Klagegrund in bezug auf drei Bekl. nicht als gegeben an auf Grund der Erwägung, daß als „Einlage" i. S. des § 213 HGB. nur die Leistung des „ersten Erwerbers" der Aktien an die AktG. gelten könne. Das BG. glaubt, sich für seine Auffassung über den Inhalt des § 213 auf eine seit dem Urt. v. 1. Mai 1908 in RGZ. 68, 309 = JW. 1908, 469 ständig festgehaltene Rspr. des RG. stützen zu können.

Die Rev. des Kl. wendet sich dagegen.

Der Standpunkt der Rev. ist zutreffend.

Die Unterscheidung, die neuere Entscheidungen des RG. bzgl. der Anwendung des § 213 HGB. zwischen dem Erstaktionär und einem späteren Erwerber des Aktienrechts machen, hat in der Rechtslehre überwiegend Ablehnung gefunden. Schlegelberger-Quassowski-Schmölder, Anm. 48 zu § 226 HGB.; Nord: ZBlHR. 1931, 178 ff.; auch Brodmann, Anm. 3 zu § 213 hält die Begründung der Unterscheidung nicht für überzeugend und meint, es wäre besser gewesen, bei der früheren Rspr. zu bleiben, die eine solche Unterscheidung nicht machte.

Die Schwenkung in der Rspr. ist anscheinend darauf zurückzuführen, daß das RG. einen Ausgleich gesucht hat zwischen der Vorschrift des § 213 HGB. und allgemeinen Rechtsvorschriften, deren Anwendung sich für die AktG. namentlich dann ergab, wenn die Aktien auf Grund eines Kaufvertrages mit der AktG. erworben wurden. Bezeichnend ist in dieser Richtung RGZ. 71, 97 = JW. 1909, 433 (1. ZivSen.); dort handelt es sich um den Erwerb eigener Aktien der AktG. durch einen Dritten; die Unterscheidung zwischen Erstnehmer und späterem Erwerber in der Anwendung des § 213 wird damit begründet, daß die AktG. im Verkehr keine Vorrechte gegenüber dem Aktionär genieße, der ihr nur als Käufer gegenübertrete. Dieser Begründung ist entgegenzuhalten, daß es sich doch gerade fragt, ob ein solches „Vorrecht" nicht aus § 213 folgt, der doch gewiß nicht in erster Linie dem Interesse der Gesellschaft dient. Daß das Bestreben, einen solchen Ausgleich zwischen allgemeinen Rechtsgrundsätzen und Aktiensonderrecht zu finden, der Grund für die Änderung der Rspr. war, ergeben auch andere Entscheidungen. So heißt es in RGZ. 88, 188 (2. ZivSen.), die früheren Entscheidungen des 1. ZivSen. „gingen nur darin zu weit, daß sie keinen Unterschied machten zwischen der ursprünglichen Beteiligung an der Gesellschaft und einem mit ihr oder einem Dritten über den rechtlich bestehenden Anteil geschlossenen Kaufvertrag". In RGZ. 88, 271 = JW. 1916, 1194 (3. ZivSen.) hatte ein Aktionär eigene Aktien der Gesellschaft von dieser erworben; er verlangte Rückzahlung des Kaufpreises für die wertlos gewordenen Aktien als Schadensersatz gem. § 45 BörsG., weil er durch unrichtige, für die Beurteilung des Wertes der Aktien erhebliche Angaben in dem von der Gesellschaft ausgehenden Prospekt betrogen worden sei. Das RG. billigt ihm den Anspruch zu und sagt, daß die Ausnahme, die für den Ersterwerber von Aktien in dieser Hinsicht von den allgemeinen Grundsätzen gemacht worden sei, „aus wirtschaftlichen Gründen nicht ausgedehnt werden darf, daß es vielmehr — in dem gedachten Falle — bei den allgemeinen Grundsätzen des Verkehrsrechts sein Bewenden haben muß"; dabei wird ausdrücklich auf RGZ. 71, 97 = JW. 1909, 433 hingewiesen. RGZ. 87, 339 = JW. 1916, 491 betraf ein Verkaufsgeschäft über ein Fabrikunternehmen an eine AktG., bei dem der Kaufpreis durch Hingabe eigener Aktien beglichen werden sollte, die Gesellschaft aber zugleich versprach, die Aktien zu einem bestimmten Kurse nach Ablauf einer gewissen Frist einzulösen. Das RG. (2. ZivSen.) hält die Abrede für gültig und bemerkt, es halte an den in zwei Entscheidungen für die GmbH. vertretenen Anschauungen fest, „daß unterschieden werden muß, ob das Versprechen dem Aktionär in Verbindung mit der Gründung oder Kapitalerhöhung erteilt wurde, oder ob es einem die Aktien betreffenden Umsatzgeschäft als Bestandteil angehört; nur im ersten Fall greift § 213 HGB. Platz und hat die Nichtigkeit der Einlösungsgarantie zur Folge". Eine ganz ähnliche Formel kehrt in RGZ. 121, 106 = JW. 1928, 2613 (5. ZivSen.) wieder bei der Beurteilung eines im Zusammenhange mit einem Grundstückskaufgeschäft mit der AktG. als Käuferin abgeschlossenen Dividendengarantievertrages. Auch die bereits erwähnte Entscheidung in RGZ. 71, 97 ff. spricht von einem auf Erwerb der Aktien gerichteten „Umsatzvertrag", durch den die Anwendung des § 213 HGB. ausgeschlossen werde.

Nach dem Inhalt der vorstehend behandelten Rspr. des RG. muß angenommen werden, daß bisher die Unterscheidung zwischen Erstaktionär und nachträglichem Erwerber der Aktie im Hinblick auf § 213 HGB. nur da gemacht worden ist, wo die AktG. aus allgemeinen Rechtsgründen zu Maßnahmen verpflichtet war oder sich verpflichtete, die im Erfolg eine Ausschüttung von Stammvermögen an den Aktionär zur Folge haben mußten oder hatten. Hier soll § 213 vorgehen, wenn solche Verpflichtung bei der ersten Begründung des Aktienrechts geschaffen wurde, dagegen soll es bei den allgemeinen Rechtsgrundsätzen verbleiben, wenn das nicht der Fall war. Für die gegenteilige Ansicht kann man sich nicht auf die Entscheidung des RG. v. 30. Mai 1930: JW. 1930, 3730[1] berufen. Dort ist ein Fall entschieden, wo eine AktG. einen Aktionär, der seine Aktien an einen anderen Aktionär verkauft hatte, aus ihrem Vermögen für den Kaufpreis befriedigt hat; dieses Verhalten ist als Verstoß gegen § 213 HGB. angesehen. Allerdings wird in dem Urt. gesagt, der Aktienverkäufer sei ein Erstaktionär gewesen. Aber die Begründung des Urt. ist in keiner Weise auf diesen Umstand gestützt, und es wird auch nicht etwa erklärt, die Sache wäre anders zu entscheiden gewesen, wenn der Verkäufer nicht Erstaktionär gewesen wäre. Das Urt. wird auch in der Fußnote in der JW. in diesem allgemeinen Sinne, d. h. nicht eingeschränkt auf den Erstaktionär, verstanden. In dem gleichen allgemeinen Sinne muß die Begründung des Urt. auch des 2. ZivSen. in RGZ. 107, 161 ff. verstanden werden. Dort wird ein Fall behandelt, in dem ein Treuhänder das ganze Vermögen einer AktG. übernahm und sich verpflichtete, den Aktionären entweder das Stammkapital auszuzahlen oder ihnen die Erträgnisse des Vermögens — nicht bloß den bilanzmäßigen Gewinn — zukommen zu lassen. Das RG. billigt dort die Entscheidung des BG., das die Abrede als gegen §§ 213, 215 HGB. verstoßend erklärt hatte. Richtig ist auch hier, daß es sich zur Zeit des Vertrages tatsächlich um Erstaktionäre handelte. Aber in den Gründen des Urt. wird auf diesen Umstand keinerlei Gewicht gelegt; im Gegenteil: das BG. hatte, nachdem es ausgeführt, daß die Anfechtungsklage gem. § 271 HGB. begründet sei, weil die §§ 213, 215 HGB. einen vermögensrechtlichen Anspruch der Aktionäre auf etwas anderes als den bilanzmäßigen Reingewinn für die Zeit des Bestehens der AktG. als Erwerbsvereins ausschlössen, betont, es sei für die Beurteilung bedeutungslos, ob die Zuwendungen den gegenwärtigen oder zukünftigen Aktionären zugute kommen sollten, und das RG. erklärt in fast unmittelbarem Anschluß daran, die Ausführungen des BG. ließen einen wesentlichen Rechtsirrtum nicht erkennen. — Auch in der Entscheidung des 1. ZivSen. in RGZ. 77, 71 ff. wird in der Begründung mit keinem Worte erklärt, daß die Einlösungszusage der beklagten AktG. gem. § 213 HGB. deshalb für nichtig erklärt worden sei, weil sie dem ersten Übernehmer der Aktien erteilt sei, was allerdings nach dem Sachverhalt der Fall war. Es wird vielmehr ohne Einschränkung auf den Erstaktionär dort ausgeführt, daß die von einer AktG. ihrem Aktionär gegenüber

übernommene Verpflichtung, ihm die Aktien gegen Entgelt wieder abzunehmen, eine Verpflichtung zur Zurückzahlung seiner Einlage darstelle, eine solche aber, solange die Gesellschaft bestehe, ausgeschlossen sei, weiter: daß jede Vertragsbestimmung, die eine derartige Verpflichtung der AktG. zum Gegenstande habe, mit dem Grundsatz des § 213 HGB. unvereinbar sei. Auch die bereits erwähnte Entscheidung des 3. ZivSen. in RGZ. 88, 271 ff. = JW. 1916, 1194 erklärt in Übereinstimmung hiermit, RGZ. 77, 71 „besage nur, daß die von der AktG. ihren Aktionären gegenüber eingegangene Verpflichtung zur Zurücknahme der Aktien eine mit dem Grundsatze des § 213 HGB. unvereinbare Verpflichtung zur Zurückzahlung der Einlage enthalte".

Auch in den zu § 30 GmbHG., der ebenfalls das Verbot der Ausschüttung von Stammkapital der Gesellschaft enthält, ergangenen Entscheidungen in RGZ. 133, 393 = JW. 1932, 725; RGZ. 136, 261 = JW. 1932, 2602[3] und RGZ. 142, 286 = JW. 1934, 976 wird im Hinblick auf diese Gesetzesvorschrift, nach der das zur Erhaltung des Stammkapitals erforderliche Vermögen der Gesellschaft nicht an die Gesellschafter ausgezahlt werden darf, nicht der von dem BG. in bezug auf § 213 HGB. geforderte Unterschied gemacht. Vielmehr wird unter Bezugnahme auf die übereinstimmende bisherige Rspr. in RGZ. 80, 148 = JW. 1913, 48 und 133, 393 = JW. 1932, 725 in der zweiten obigen Entscheidung ausgesprochen, daß die Übernahme der Verpflichtung zur Erfüllung einer der Gesellschaft an sich fremden Verbindlichkeit, so der aus Erwerb von Geschäftsanteilen von einem Gesellschafter durch den anderen entstandenen Kaufpreisschuld, gegen § 30 GmbHG. verstoßen kann, und daß entscheidend ist, ob eine Leistung auf gesellschaftsrechtlicher oder ob sie auf rein obligatorischer Grundlage, wie sie auch im Verhältnis zu einem Dritten bestehen kann, bewirkt wurde. Dort ist weiter ausgeführt, daß die Einräumung einer Sicherungshypothek durch die GmbH. für eine Kaufpreisforderung, die einem Gesellschafter aus dem Verkauf seines Geschäftsanteils an einen anderen Gesellschafter zusteht, „eine Auszahlung" i. S. der §§ 30, 31 GmbH. darstellt, da § 30 seinem Sinn und Zweck nach nicht nur ein Verbot der Barzahlung enthält, sondern für die Herausgabe von Vermögenswerten jeder Art und in jeder rechtlichen Form, überhaupt für jede das Stammkapital vermindernde Leistung gilt.

Im vorliegenden Falle handelt es sich nun aber nicht um ein solches „Umsatzgeschäft", das nach der oben inhaltlich wiedergegebenen, richtig verstandenen neueren Rspr. des RG. zu §§ 213, 215 HGB. die Anwendung der allgemeinen Rechtsgrundsätze rechtfertigen würde, auch wenn dies im Erfolge eine Ausschüttung von Stammvermögen an den Aktionär zur Folge haben würde. Eine Konkurrenz von aktienrechtlichen Vorschriften mit Bindungen, die die AktG. nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen auf sich genommen hatte, kommt hier überhaupt nicht in Frage.

Der Tatbestand einer nach den §§ 213, 215 HGB. verbotenen Rückzahlung der Einlage an einen Aktionär ist hiernach gegeben. (Wurde weiter ausgeführt.) Der gegenteilige Standpunkt des BG., der auf der rechtsirrigen Auffassung beruht, daß der Tatbestand der verbotenen Rückzahlung der Einlage deshalb nicht vorliege, weil der Aktionär nicht Erstzeichner der Aktien gewesen sei, ist verfehlt. Die Verpflichtung zur Rückerstattung der zu Unrecht empfangenen Zahlungen ist durch § 217 Abs. 1 HGB. geregelt. Danach haften die Aktionäre für die Verbindlichkeiten der Gesellschaft, soweit sie den Vorschriften des HGB. entgegen Zahlungen von der Gesellschaft empfangen haben. Diesen Anspruch der Gläubiger kann der Kl. als Verwalter des Konkurses über das Vermögen der Gemeinschuldnerin nach § 217 Abs. 2 HGB. geltend machen.

Darauf, ob ein Aktionär bei der Annahme der Zahlungen ohne Fahrlässigkeit nicht gewußt hat, daß er damit die Einlage i. S. des § 213 HGB. zurückerhielt, kann kein entscheidendes Gewicht gelegt werden. Denn der gute Glaube wird nach der ausdrücklichen Bestimmung des § 217 Abs. 1 Satz 2 a. a. O. nur hinsichtlich der Zahlungen geschützt, die der Aktionär als Gewinnanteil oder als Zinsen bezogen hat.

Entscheidend für die Frage, ob aus dem Stammvermögen einer AktG. einem Aktionär in einer nach § 213 HGB. unzulässigen Weise Werte zugeführt worden sind, ist stets, ob der Gesellschaft vor, bei oder nach Eingehung der Leistungspflicht eine vollwertige Gegenleistung zugeflossen ist, so daß die Leistung der Gesellschaft ohne Minderung des zur Erhaltung des Stammkapitals erforderlichen Vermögens der Gesellschaft möglich war (RGZ. 133, 393 ff.; 136, 261 ff. = JW. 1932, 2602; 142, 286 ff. = JW. 1934, 976 zum § 30 GmbHG.).

II. Der weitere Klageanspruch aus dem Gesichtspunkt des Schadensersatzanspruchs der Gläubiger gem. § 826 BGB. ist nicht gegeben. Das BG. hat für die Geltendmachung eines solchen Anspruchs dem Kl. als Konkursverwalter die Sachbefugnis mit Recht abgesprochen.

Dagegen wendet sich die Rev. in erster Linie unter Berufung auf RGZ. 97, 108; 120, 192 = JW. 1928, 1143; 74, 429 = JW. 1911, 223; JW. 1930, 2799[3], 3730[1]. Dieser Angriff ist nicht begründet. Allerdings ist der Konkursverwalter zur Geltendmachung von Ersatzansprüchen der Gemeinschuldnerin selbst ohne weiteres befugt. Hier stehen aber der Gemeinschuldnerin solche Ansprüche nicht zu, liegen daher auch nicht in der Masse. Ein allgemeines Schadensersatzrecht der Gesellschaftsgläubiger gegenüber den Organen der Gesellschaft wegen Verletzung der denselben obliegenden Sorgfaltspflicht besteht nicht, da diese Sorgfaltspflicht den Organen nach dem Gesetz gegenüber der Gesellschaft, nicht aber gegenüber den Gläubigern, obliegt (vgl. Urt. vom 20. Sept. 1929, II 620/28 = LZ. 1930, 720). Der Konkursverwalter ist ferner allerdings berechtigt, im Konkurs auch das neben dem Recht der Gesellschaft bestehende Recht der Gesellschaftsgläubiger aus §§ 241 Abs. 4, 249 Abs. 3 HGB. auszuüben. Jedoch reicht eben diese Befugnis nur so weit, als den Gläubigern Rechte aus §§ 241 Abs. 4, 249 Abs. 3 HGB. überhaupt zustehen. Um Ansprüche dieser Art und auf dieser Grundlage handelt es sich jetzt aber nicht. Denn der Kl. will hier aus § 826 BGB. einen außervertraglichen Schadensersatzanspruch aus unerlaubter Handlung, begangen gegen die Gläubiger der Gesellschaft, herleiten. Er will insoweit Ansprüche geltend machen, die in deren Person, nicht etwa auf seiten der Gemeinschuldnerin erwachsen sind. Ein solcher Anspruch gehört jedenfalls nicht zum Gesellschaftsvermögen. Ansprüche, die aus § 826 BGB. etwa einzelnen Gläubigern der Gemeinschuldnerin gegen den Bekl. zu 4 zustehen sollten, kann der Kl. als Konkursverwalter nicht geltend machen. Die Klagebefugnis, die § 217 Abs. 2 HGB. für die dort bezeichneten Ansprüche einräumt, kann auf etwaige Ansprüche, die auf Grund des § 826 BGB. in der Person von Gläubigern entstanden wären, also rechtlich ganz anderer Art sein würden, nicht ausgedehnt werden. Diese Rechtsauffassung liegt auch dem bereits erwähnten Urt. des erk. Sen. v. 20. Sept. 1929 zugrunde, in dem ausdrücklich betont wird, daß dem Konkursverwalter für derartige Ansprüche die Sachbefugnis fehle.

Die Rev. glaubt, sich für ihre gegenteilige Auffassung auf RGZ. 97, 108 und 120, 192 = JW. 1928, 1143 berufen zu können. Das erste trifft aber schon um deswillen nicht zu, weil dort unzweifelhaft eine vorsätzliche sittenwidrige Schädigung der AktG. als solcher vorlag, mithin ein Schadensersatzanspruch, der zur Masse gehörte, erwachsen war, der als solcher daher auch vom Konkursverwalter geltend zu machen war. Hier steht aber, wie dargelegt, der Gemeinschuldnerin ein solcher Anspruch nicht zu. Auch auf RGZ. 120, 192 kann sich die Rev. nicht berufen. Dort hatten nach den Klagebehauptungen die damaligen Bekl. in Kenntnis der Zahlungseinstellung des späteren Gemeinschuldners, eines Einzelkaufmanns, und seines bevorstehenden wirtschaftlichen Zusammenbruchs dazu mitgewirkt, Vermögensgegenstände des Gemeinschuldners beiseitezuschaffen und der Konkursmasse zu entziehen. Davon kann hier keine Rede sein. Auch auf die Ausführungen Hornkessels: JW. 1934, 881 ff. beruft sich die Rev. zu Unrecht; er lehnt gerade die Sachberechtigung des Konkursverwalters zur Geltendmachung von Ansprüchen der Art grundsätzlich ab. Auch das von der Rev. weiter herangezogene Urt. des OLG. Köln: JW. 1930, 2799[3] verneint für Schadensersatzansprüche aus unerlaubter Handlung, be-

gangen zum Nachteil von Gesellschaftsgläubigern, die Sachberechtigung des Konkursverwalters.

(Urt. v. 19. Okt. 1934; II 85/34. — Düsseldorf.) [v. B.]

<= RGZ. 146, 84.>

*

11. §§ 700 ff. HGB.; § 319 BGB. Die Dispache bei der Abwicklung einer großen Haverei ist an sich ein von einem Sachkundigen aufgestellter, gutachtenartiger Vorschlag. Ist er im Wege eines Schiedsgutachtens erfolgt, so ist § 319 BGB. dafür anwendbar, wonach er nur wegen offenbarer Unbilligkeit anfechtbar ist. Bei der Schadensfeststellung ist der Marktwert der beschädigten Ladungsgüter zur Zeit der Trennung von Schiff und Ladung zugrunde zu legen; besteht ein solcher nicht, so sind die Kosten der Neuverfrachtung mit heranzuziehen, außerdem die bei Weiterverfrachtung drohende Verschlechterung des Gutes.

Das dem Bekl. gehörige M.-S. Vega geriet auf der Reise von Danzig nach Poole am 21. April 1930 auf der Höhe von Gjedser in Brand. Der D. „Gerzen" kam der Vega mit seinen Schläuchen zu Hilfe und schleppte sie nach Holtenau-Reede, wo sie am 22. April 1930 eintraf. Im Kieler Freihafen wurde darauf die Ladung gelöscht, die aus 181,9 Standard Holz bestand, das zum Teil auch auf Deck verladen gewesen war. Die Entlöschung erfolgte unter Aufsicht der Sachverständigen A. und L. und dauerte v. 28. April bis zum 3. Mai 1930. Die vom Löschwasser naß gewordene und zum Teil auch beschmutzte Ladung wurde bis zum 23. Mai 1930 auf Stapel gelegt. Sie wurde dann nach Poole verfrachtet und dort von dem Sachverständigen R. besichtigt. A. hat den Wert der zum Preise von 2637.13.11 £ cif Poole verkauften Ladung zur Zeit der Entlöschung in Kiel auf 2231.14.11 £ geschätzt, R. hat ihren Wert zur Zeit der Entlöschung in Poole mit 1000.10.1 £ angegeben.

Im Frachtvertrag wie im Konossement waren die York-Antwerpener Regeln von 1924 als maßgebend bezeichnet worden. Die gemäß diesen in Kiel am 30. April 1930 aufgemachte Dispache legte die Schadensschätzung der Kieler Sachverständigen zugrunde.

Die Ladungseigentümer hatten die Ladung bei den Kl. versichert. Die Versicherer haben die Eigentümer entschädigt und damit vertragsgemäß alle Ansprüche gegen Dritte erworben. Sie haben der Dispache widersprochen und im Wege der Klage beantragt, dem Widerspruch dahin stattzugeben, daß in der Dispache betr. D. Vega der Wert der Ladung in beschädigtem Zustande statt mit 2231.14.11 mit 1000.10.1 £ unter entsprechender Abänderung der Dispache, insbes. des Beitragswerts, des Havariegrosseschadens und der Vergütung der Ladung eingesetzt werde.

Das LG. hat die Klage abgewiesen.

Im zweiten Rechtszuge haben die Kl. in erster Linie beantragt, den Widerspruch gegen die Dispache in Höhe von 1231.4.10 £ für begründet zu erklären, in zweiter Linie dem erstinstanzlichen Antrage stattzugeben.

Der Angriff der Kl. gegen die Dispache geht im wesentlichen dahin: die ihr zugrunde gelegte Schätzung der Kieler Sachverständigen sei offenbar unbillig und daher unverbindlich, weil diese Sachverständigen nicht berücksichtigt hätten,

1. daß die Hölzer in Kiel mangels eines Marktes überhaupt nicht hätten abgesetzt werden können und daher nach England hätten weiterverfrachtet werden müssen,

2. daß die Weiterversendung eine weitere Verschlechterung des Holzes und sonstigen Schaden mit sich gebracht hätte,

3. daß beschädigte Ware häufig überhaupt keinen Käufer finde, ein Umstand, der den jetzt erzielten Preis weiterdrücke.

Die Berufung ist zurückgewiesen worden.

Die Rev. muß Erfolg haben.

Im Eingang der Entscheidungsgründe führt der BerR. aus: Wenn im vorl. Rechtsstreit die Kl. an Stelle der Ladungseigentümer geltend machten, der Dispacheur habe sie bei der Schadensverteilung zu hoch belastet, so handele es sich dabei um die Verfolgung eines Rechts aus § 319 BGB., gestützt auf die Behauptung, die dem Dispacheur als einem Dritten übertragene Bestimmung über den Umfang ihrer Schadensbeteiligung sei offenbar unbillig. Da die Dispache hinsichtlich der streitigen Höhe des Ladungsschadens auf dem Gutachten der Sachverständigen A. und L. beruhe, so sei der Erfolg der Anfechtung der Dispache abhängig davon, daß die Kl. die offenbare Unbilligkeit der von diesen Sachverständigen getroffenen Schadensfeststellung bewiesen.

Hierzu ist folgendes zu bemerken:

Die Dispache ist, wie sich aus §§ 716, 727, 728 HGB. ergibt, der bei der Abwicklung einer großen Haverei aufgestellte Verteidigungsplan, in welchem der auf jeden Genossen der großen Haverei gem. §§ 700—724 HGB. oder gem. vertraglicher Grundlage, wie z. B. vorliegend auf Grund der York-Antwerpener Regeln von 1924 (weiterhin mit YAR. bezeichnet), entfallende Anteil an der großen Haverei nach Maßgabe der zu vergütenden Schäden- und der beitragspflichtigen Werte berechnet ist. Sie ist daher ein von einem Sachkundigen (Dispacheur) aufgestellter gutachtenartiger Vorschlag, wie die durch die große Haverei entstandenen Rechtsbeziehungen gem. den maßgebenden Grundsätzen zu bereinigen seien (JW. 1896, 177[41]), ein Vorschlag, der unter besonderen Umständen (§§ 155, 156, 158 FGG.) zur Grundlage einer Zwangsvollstreckung werden kann. Bei der Dispache selbst handelt es sich danach nicht um die Bestimmung einer Leistung i. S. des § 319 BGB. Dem entspricht, daß dem Widerspruch gegen eine Dispache in §§ 155, 156 FGG. irgendwelche einschränkende Bestimmungen nicht hinzugefügt sind (vgl. auch RGZ. 3, 17).

Einer Beschränkung muß allerdings der Widerspruch gegen eine Dispache unterliegen, soweit die Parteien die Schätzungen, welche die Dispache zur Grundlage ihrer Berechnung nimmt, nicht oder doch nur unter bestimmten Voraussetzungen angreifen können. Das nimmt das BG. an hinsichtlich des Schadens, welchen die Eigentümer von Ladungsgut durch eine zur großen Haverei gehörige Beschädigung dieses Gutes erlitten haben; es betrachtet die Schätzung dieses Schadens nur im Falle offenbarer Unbilligkeit für anfechtbar.

Dieser Schaden bestimmt gem. Regel XVI YAR. die dem Eigentümer erwachsenden Vergütungsansprüche und ist mittelbar gem. Regel XVII auch von Bedeutung für die Bestimmung der beitragspflichtigen Werte. Ist insofern eine Feststellung des Schadens durch Sachverständige im Wege des Schiedsgutachtens also mit bindender Wirkung erfolgt, so handelt es sich allerdings um die Bestimmung von Grundlagen der Leistung, die für die Bestimmung der Leistung selbst von entscheidender Bedeutung sind. Das rechtfertigt die Anwendung der Grundsätze des § 319 BGB. auf ein solches Schiedsgutachten (RGWarn. 1915 Nr. 137).

Regel XVI YAR. bestimmt nun, daß die Ladungsbeschädigung auf Grund des Marktwertes der Güter zu berechnen sei. Nichts dagegen ist in dieser Regel darüber bestimmt, wie bei Zweifeln über den Marktwert oder dann zu verfahren ist, wenn ein solcher nicht vorhanden ist. Auch aus dem sonstigen Inhalt der Regeln, der in erster Linie zu ihrer Auslegung heranzuziehen ist (vgl. zu dieser Frage JurRdschPrVer. 1928, 298; Heuer: HansRGZ. 1928 Sp. 575; Hochgräber: NeumannsZVersWes. 1928, 1092, 1122/23; 1929, 42, 1386; Sieveking: HansRGZ. 1928 Sp. 654; Schulze-Smidt: HansRGZ. 1928 Sp. 711; NeumannsZVersWes. 1929, 356; Ulrich-Hochgräber Bd. II S. 116—118, 192 nebst Nachtrag), kann in dieser Hinsicht nichts entnommen werden. In solchem Fall hat insoweit das Recht am Ort der Trennung von Schiff und Ladung Anwendung zu finden (Ulrich-Hochgräber Bd. II S. 192). Es kommt daher im vorl. Falle die Bestimmung des § 712 HGB. in Betracht, nach welcher der Verkaufswert der Güter in beschädigtem Zustande durch Sachverständige zu ermitteln ist. Daß es sich in solchem Falle um eine Bestimmung des in Betracht kommenden Werts im Wege eines Schiedsgutachtens handelt, kann zunächst in

Rücksicht auf die Fassung dieser Vorschrift nicht angenommen werden, wenn man dazu die Bestimmung des § 709 HGB. in Vergleich zieht, in welcher ausdrücklich bestimmt ist, daß die Taxe des Schadens an Schiff und Zubehör grundsätzlich maßgebend ist. Anders wäre die Rechtslage zu beurteilen, wenn im vorl. Falle angenommen werden müßte, daß die Parteien sich in dem Sinne geeinigt hätten, es sollten die Sachverständigen in diesem Punkt als Schiedsgutachter entscheiden. Nach dem Vorbringen der Bekl. sind nun die beiden Sachverständigen nicht nur als Schiedsgutachter mit der Feststellung des Ladungsschadens im Verhältnis zwischen Abladern und Versicherern, beauftragt worden, bei welchen ihnen gem. den voraussichtlich in Betracht kommenden Seeversicherungsbedingungen von 1919 § 93 Abs. 2, § 74 Abs. 8 eine solche Rolle ohnehin zugefallen wäre, eine Unterwerfung unter das Gutachten soll vielmehr auch im Namen des Reeders erfolgt sein. Die Kl. räumen ein, daß die Feststellung des nach § 711 HGB. (also des im Verhältnis zwischen Ablader und Reeder für die große Haverei) in Betracht kommenden Schadens durch die Sachverständigen habe erfolgen sollen. Es muß jedoch als zweifelhaft erscheinen, ob die Kl. damit auch haben zugeben wollen, daß die Festsetzung des Schadens auch in Hinsicht auf die große Haverei mit bindender, nur im Falle offenbarer Unrichtigkeit anfechtbarer, Wirkung hat erfolgen sollen. Sie haben im Rechtsstreit allerdings dieser Auffassung nicht widersprochen. Nach dem Tatbestand des BU. haben sie jedoch später auch geltend gemacht, es habe sich bei der Schätzung nur um den Versicherungsschaden gehandelt. Das BG. äußert sich entsprechend in einer Weise über die Stellung der Sachverständigen, die sie als nur für die Ablader und Versicherer tätig kennzeichnet. Eine solche Stellung der Sachverständigen würde nicht ohne weiteres rechtfertigen, ihr Gutachten für nur beschränkt nachprüfbar zu erachten, soweit es sich um die große Haverei handelt. Die Darlegungen des BG. sind danach nicht schlüssig. Die bestehende Unklarheit über die Stellung der Sachverständigen bedarf der Aufklärung, da sie nach den gegebenen Darlegungen von Bedeutung dafür ist, unter welchen Voraussetzungen die Wertannahme der Sachverständigen mit Erfolg angegriffen werden kann.

Der BerR. hat zum Streitstoff weiter folgendermaßen Stellung genommen.

Er geht davon aus, daß für die Schadensberechnung gem. Regel XVI YAR. der Marktwert des beschädigten Holzes zur Zeit der Trennung von Schiff und Ladung festzustellen gewesen sei. Er führt dem wesentlichen Inhalt seiner Darlegungen nach ferner aus: Deswegen, weil die fragliche Holzladung in Kiel wegen der in Deutschland ungebräuchlichen Abmessungen der einzelnen Hölzer nicht oder doch nur unter Schwierigkeiten abzusetzen gewesen sei, sei die Festsetzung des Marktpreises der beschädigten Ladung für diesen Platz nicht unmöglich gewesen, es habe dabei nur berücksichtigt werden müssen, daß die Ladung aller Wahrscheinlichkeit nach nach England habe weiter verfrachtet werden müssen. Das hätten die Sachverständigen auch berücksichtigt. Bei genauer Berechnung hätten sie allerdings aus diesem Grunde nicht lediglich die Fracht Kiel-Poole absetzen, sondern auch in Betracht ziehen müssen, daß die Neuverfrachtung des Holzes nach England verhältnismäßig mehr kosten werde, als der abgesetzte Frachtbetrag ausmachte. Es handele sich aber insoweit um einen im Verhältnis zum Gesamtwert sehr geringen Unterschied. Ein grober Verstoß gegen die Schätzerpflicht liege daher insoweit nicht vor. Die Sachverständigen hätten ferner nicht berücksichtigt, daß eine Verfrachtung nach England weitere Schäden (in der Beschaffenheit des Holzes) mit sich bringen würde. Sie hätten nicht in Rechnung zu ziehen brauchen, daß das Holz bei der Weiterverfrachtung noch wesentlich leiden werde. Das Holz habe offenbar in der Zeit von der Entlöschung in Kiel bis zur Entlöschung in Poole viel mehr gelitten, als nach verständigem Ermessen in Kiel vorauszusehen gewesen sei. Jeder sachverständige Holzhändler hätte vor der Weiterversendung des Holzes nach England durch Austrocknenlassen des Holzes und weiter durch Vornahme der Weiterschaffung bei geeignetem, nicht gerade, wie geschehen, bei heißestem Wetter, dafür gesorgt, daß nicht eine solche Schädigung des Holzes eintreten könnte, wie sie der englische Besichtiger festgestellt habe. Der an sich drohenden Weiterverschlechterung des Holzes sei, wie A. bekundet habe, dadurch Rechnung getragen, daß der Preis des beschädigten Holzes recht umfangreich heruntergesetzt worden sei.

Mit Recht hätten die Kieler Sachverständigen ferner außer Betracht gelassen, daß der Preis beschädigten, binnen möglichst kurzer Frist abzusetzenden Holzes schon an sich durch diese Tatsachen gedrückt werde. Denn zur Zeit der Entlöschung sei festgestelltermaßen die Beschädigung des Holzes nur gering und eher mit einer Verbesserung als mit einer Verschlechterung des Holzes zu rechnen gewesen. Aus diesem Grunde hätten die Sachverständigen eine weitere Preisdrückung auf Grund der angegebenen Umstände nicht in Rechnung zu ziehen brauchen. Jedenfalls liege aber auch insoweit nicht eine sich dem Blick eines sachkundigen und unbefangenen Beurteilers sofort aufdrängende Unrichtigkeit der Schätzung vor.

Selbst wenn eine Beschädigung der Decksladung entgegen der Auffassung der Besichtiger in der Dispache zu berücksichtigen gewesen sein sollte, mache die Außerachtlassung einer etwaigen Beschädigung in dieser Richtung die Schätzung noch nicht offenbar unbillig. Nach dem Sachhergang sei die Decksladung nur in ganz geringem Umfange durch Löschwasser beschädigt worden. Das ergebe sich schon daraus, daß nach dem Gutachten nur ein Teil der Decksladung hätte luftig gestapelt zu werden brauchen. Demgegenüber hätten die Kl. beweisen müssen, daß eine für die Schätzung in Betracht kommende Beschädigung der Deckslast durch eine in großer Haverei erfolgte Handlung verursacht worden sei. Einen solchen Beweis hätten die Kl. indes nicht angetreten.

Wenn man mit dem BG. davon ausgeht, daß die Schadensfestsetzung nur bei offenbarer Unbilligkeit angreifbar wäre, geben diese Darlegungen zu Rechtsbedenken Anlaß.

Nicht zu beanstanden ist allerdings die Auffassung des BU., daß die Schadensfeststellung gem. Regel XVI YAR. auf Grund des Marktwertes der beschädigten Ladungsgüter zur Zeit der Trennung von Schiff und Ladung stattzufinden hatte. Denn diese Trennung erfolgte, wie unbedenklich zugrunde gelegt werden kann, im Zeitpunkt der Beendigung des Unternehmens, da auf der Vega nach dem Seeprotest der Schiffsführerraum und der Motorraum nebst dem Motor schweren Feuerschaden erlitten hatten. Hat nun bei solcher Sachlage die Ware am Entlöschungsort aus irgendwelchen Gründen keinen oder doch nur einen sehr geringen Markt, so ist auch das eine wertherabsetzende Folge der großen Haverei. Besteht begründeter Anlaß zu der Annahme, daß an einem anderen Platze auch unter Hinzurechnung der entstehenden Weiterschaffungskosten ein besserer Preis zu erzielen sein werde, so erscheint es in sinnentsprechender Anwendung der Regel angemessen, das bei der Wertfestsetzung zu berücksichtigen. Der Marktwert muß in solchem Falle unter Berücksichtigung des Kaufpreises geschätzt werden, der von einem die Weiterverladung in Rücksicht ziehenden Käufer zu erhalten gewesen wäre. Daher müssen dabei nicht nur die Kosten der Weiterverladung, sondern auch die dabei etwa zu erwartende Weiterverschlechterung der Ware in Betracht gezogen werden, allerdings nur in dem Maße, wie sie bei fachkundigem, sorgfältigem Vorgehen in Rechnung zu stellen war. In Betracht gezogen werden muß ferner auch dabei der Umstand, daß baldigen Absatzes bedürftige, mangelhafte Ware schon durch diesen Umstand an sich im Preise gedrückt zu werden pflegt. Wenn die RevBegr. darauf hinauswollen sollte, daß in solchem Falle der Wert der Ladung auf jeden Fall mangels eines Marktes am Orte der Entlöschung gleich Null oder doch fast gleich Null bemessen werden müsse, so kann ihr nicht gefolgt werden, da darin eine im Vertragsverhältnis nicht begründete Bevorteilung des Abladers liegen würde. Dem Sinn seiner Darlegungen nach wollte dagegen anscheinend der BerR. von den dargelegten Gesichtspunkten ausgehen.

Gegen diese Grundsätze haben, das verkennt auch der BerR. nicht, die Sachverständigen zunächst verstoßen, indem sie die tatsächlichen Kosten der Neuverfrachtung nicht in Rechnung gestellt, sondern lediglich einen verhältnismäßigen

Frachtabzug gemacht haben. Soweit es auf offenbare Unbilligkeit der Schätzung ankommt, also darauf, ob, betrachtet vom Zeitpunkt der Schätzung aus, eine sich dem sachkundigen unbefangenen Beobachter, wenn auch erst nach einer Beweisaufnahme, aufdrängende Unrichtigkeit der Schätzung in einem nach Treu und Glauben erheblich erscheinenden Umfange vorliegt (RGZ. 69, 167 = JW. 1908, 565; 96, 57 [62]; RG-Warn. 1909 Nr. 395 S. 368; 1913 Nr. 356 S. 420, Nr. 357 S. 422), mag eine solche hierin allein vom BG. mit Recht noch nicht erblickt worden sein.

Der BerR. meint aber, eine so wesentliche Verschlechterung, wie in England festgestellt, hätten die Sachverständigen, die von sachverständigerer Behandlung des Holzes hätten ausgehen dürfen, nicht in Rechnung zu stellen brauchen. Rechtliche Bedenken stehen dieser Auffassung nicht entgegen. Dagegen kann die weitere Feststellung, es sei der an sich zu erwartenden Verschlechterung Rechnung getragen worden, nur auf Verkennung der Angaben des A. beruhen, auf welche sich diese Feststellung ausdrücklich gründet. A. hat nach dem hierzu in Betracht kommenden Teil seiner Vernehmung v. 18. April 1932 nur bekundet: Es habe ganz sicherlich dem Umstande Rechnung getragen werden müssen, daß in Deutschland ein Käufer nur schwer auftreibbar gewesen sei. Das sei bei der Schätzung ausreichend dadurch geschehen, daß der Preis des beschädigten Holzes recht umfangreich herabgesetzt worden sei. Der bei Weiterverfrachtung drohenden Verschlechterung des Holzes ist danach also nicht Rechnung getragen worden. In seiner Äußerung vom 6. Februar 1933 verwahrt sich A. sogar gegen die Einsetzung des für die Weiterverschiffung anzunehmenden Schadens. Es liegt insofern ein offener Widerspruch zwischen dem vom BerR. zugrunde gelegten Sachverhalt und seinen darauf fußenden Erwägungen vor. Es bleibt danach zum mindesten offen, ob nicht auch in diesem Punkt die Schätzer sachwidrig verfahren sind. Ob in solchem Falle nicht, insbes. auch i. Verb. m. der Ungenauigkeit bei der Abschätzung der Kosten der Weiterverfrachtung, eine zu offenbarer Unbilligkeit gesteigerte fehlerhafte Schätzung vorliegt, ist zur Zeit nicht zu übersehen. Ein Wertrückgang, wie ihn der englische Sachverständige festgestellt hat, mag möglichenfalls dabei nicht in vollem Umfang in Betracht kommen und zum Teil auf besonderen Umständen beruhen. Bemerkt sei jedoch, daß auch die schadenvergrößernde Wirkung ungünstiger Witterung bei der Weiterverschiffung in Rechnung zu ziehen ist, wenn die Weiterverschiffung gegenüber längerer Lagerung voraussichtlich das kleinere Übel darstellt.

Freilich haben nach weiterer Feststellung des BG. die Sachverständigen geglaubt, zur Zeit der Löschung mit einer Verbesserung der Ware rechnen zu können. Anscheinend geht diese Feststellung auf eine Äußerung des Sachverständigen G. in seinem Gutachten v. 10. März 1933 zurück, daß der Wasserschaden durch luftige Stapelung zum Teil wieder hätte behoben werden können. Auch bei solcher Sachlage hätte immerhin von den Sachverständigen, wenn sie davon ausgingen, eine Weiterverschiffung des Holzes sei notwendig, um einen angemesseneren Preis zu erzielen, gegenüber dieser Verbesserung die mit der Verschiffung einsetzende Verschlechterung in Rücksicht genommen werden und in Betracht gezogen werden müssen, ob nicht in Rücksicht darauf doch ein Herabdrücken des Preises der Ware zu befürchten war.

(U. v. 9. Febr. 1935; I 258/34. — Kiel.) [K.]

*

12. Ges. v. 18. Dez. 1933 über Schiedsabreden in Kartellverträgen; §§ 1027, 1039 ZPO. Obiges Gesetz befreit von dem Formzwang des § 1027 n. F. nur, soweit sich die Schiedsabrede auf eine Verpflichtung der in § 1 KartVO., bezeichneten Art selbst bezieht, nicht aber hinsichtlich irgendwelcher im Kartellvertrag nicht geregelter Rechtsfolgen (hier Schadensersatzpflichtfolgen), die nach bürgerlichem oder Handelsrecht aus der behaupteten Verletzung einer so eingegangenen Verpflichtung hergeleitet werden. Wenn das Schiedsgericht ein „Zwischenurteil“ nach der Art eines Urteils über den Grund des Anspruchs und dann ein „Endurteil“ erlassen hat, müssen beide Schiedssprüche zugestellt und niedergelegt werden. Sie müssen aber nicht zusammen niedergelegt werden.†)

(U. v. 11. Jan. 1935; VII 229/34.)

Abgedr. JW. 1935, 1088[11].

Anmerkung: A. Anm. Walther: JW. 1935, 1088.

B. I. Die Bedenken, die Walther gegen den ersten Teil der Entsch. erhebt, kann ich nur nachdrücklich unterstreichen.

Das KartSchiedsGerG. v. 18. Dez. 1933 besagt, daß Schiedsabreden in Kartellverträgen, „soweit sie sich auf Verpflichtungen der in § 1 KartVO. bezeichneten Art beziehen“, der qualifizierten Schriftform des § 1027 Abs. 1 ZPO. nicht bedürfen. Sprachlich ist das letzten Endes nicht ganz genau, denn Schiedsabreden können sich niemals auf Verpflichtungen, sondern immer nur auf Streitigkeiten über Verpflichtungen beziehen. Über eine Verpflichtung besteht aber sowohl dann Streit, a) wenn es einer Partei um die Feststellung des Inhalts der Verpflichtung zu tun ist, wie auch, b) wenn ein Teil die Erfüllung der Verpflichtung begehrt, wie endlich dann, c) wenn ein Teil aus einer angeblichen Nichterfüllung Ansprüche herleitet. Aus dem „Soweit“ eine einschränkende Auslegung dahin zu entnehmen, daß von den drei Fällen nur der Fall b und allenfalls noch der zu a fallen soll, scheint auch mir nicht haltbar. Mit dem „Soweit“ hat allerdings eine Grenze gezogen werden sollen, aber nicht zwischen Ansprüchen auf Erfüllung und solchen aus Nichterfüllung usw., sondern zwischen Streitigkeiten auf dem Gebiet des § 1 KartVO. und solchen außerhalb dieses Gebiets. Mag man auch grundsätzlich mit dem RG. für eine strenge Auslegung der Vorschriften über den Formzwang bei Schiedsabreden sein, so legt hier doch das RG. eine einschränkende Unterscheidung in die Bestimmungen hinein, die sich weder aus dem Wortlaut noch aus der allgemeinen Grundtendenz der Regelung ergibt und die — das kann ich bezeugen — den Verfassern des KartSchiedsGerG. jedenfalls völlig ferngelegen hat.

Nicht recht ersichtlich ist übrigens, weshalb das RG. hier überhaupt zu der Frage Stellung genommen hat. Wenn die Nichtunterstellung der konkreten Schiedsabrede schon aus § 1027 Abs. 2 zu folgern war, so bestand kein Anlaß, sich bei der Untersuchung, ob das gleiche Ergebnis etwa auch aus dem KartSchiedsGerG. zu entnehmen gewesen wäre, in einem bestimmten Sinne festzulegen, zumal die Frage in dem Prozeß anscheinend von keiner Seite angeschnitten war. Für die Entsch. nicht wesentliche Rechtsaussprüche sind nicht unbedenklich, jedenfalls entbehrlich, und werden auch in der reichsgerichtlichen Rspr. selbst insofern nicht als vollwertig angesehen, als man bei späterer Abweichung den Fall der Plenarentsch. nicht für gegeben erachtet! —

II. Dem Prozessualisten gibt auch der zweite Teil der Entsch. zu einigen allgemeinen Bemerkungen Anlaß.

Das SchiedsG. hatte zunächst eine Vorentsch. über den Grund des Anspruchs nach Art des § 304 ZPO. und hernach unter Bezugnahme auf diese eine Schlußentsch. erlassen. Die Sprüche sind beide alsbald nach Erlaß zugestellt und niedergelegt worden. Das RG. billigt weder den Standpunkt des BG., daß es für die Frage der Formwahrung nach § 1039 allein auf die Endentsch. ankomme, noch den der Rev., der die gleichzeitige Zustellung und Niederlegung für erforderlich erachtet, sondern verlangt zwar für beide Sprüche Zustellung und Niederlegung, aber nicht Gleichzeitigkeit der Akte.

Im Ergebnis ist dem für den vorl. Fall beizutreten. Die Begründung ist aber nicht recht klar. Das RG. billigt einmal den Satz des BG., „daß der Zwischenschiedsspruch seine rechtliche Bedeutung erst auf dem Wege über den Schlußschiedsspruch erlange, mit dem er ein Ganzes bilde“, sagt aber andererseits, „daß der Zwischenschiedsspruch einem Schiedsspruch auf Feststellung der Ersatzpflicht völlig gleiche und auch der Rechtskraft fähig sei“. Zwischen diesen beiden Sätzen besteht ein Widerspruch. Die Entsch. läßt nicht erkennen, ob das RG. den Grundschiedsspruch als ein selbständiges Gebilde anerkennt oder nicht. Die Verweisung auf RG. 69, 52 = JW. 1908, 243[17] besagt in dieser Hinsicht nichts, da sie den Fall eines Zwischenurteils nach Art des § 303 ehemal. Fass. betrifft.

M. E. gibt es einen Grundschiedsspruch nach Art des Grundurteils nach § 304 überhaupt nicht. Begrifflich wesentlich ist für das gerichtliche Grundurteil die Bindung des Gerichts nach § 318. Eine solche Bindung besteht für das SchiedsG. aber zweifellos nicht. Das SchiedsG. kann, da es sein Verfahren frei gestaltet, Vorabaussprüche jeder Art — auch über die Grenzen des § 304 hinaus, also auch nach Art des früheren § 303 — erlassen; es sind dies aber immer nur vorläufige Aussprüche, an die für das SchiedsG., gleichviel ob der Vorabausspruch zugestellt und niedergelegt wird oder nicht, keinerlei Bindung besteht, und die auch keinerlei Präklusionswirkungen zu den vorabbeschiedenen Punkten ausüben. Es würde z. B. daraus, daß das SchiedsG. hernach von

einem zugestellten und niedergelegten Zwischenschiedsspruch abgeht oder noch neues Vorbringen zu den in der Vorabentscheidung behandelten Punkten berücksichtigt, niemals ein Aufhebungsgrund nach § 1041 hergeleitet werden können. Der zweite der oben angeführten Leitsätze, daß der Vorabausspruch über den Grund einem feststellenden Schiedsspruch völlig gleichstehe, ist danach — jedenfalls als selbständiger Satz aufgestellt — nicht richtig. **Träger der Rechtskraftwirkung usw. ist immer nur der Schlußschiedsspruch.** Er muß vollständig sein, nach Tenor und Begründung, entweder aus sich selbst heraus oder doch durch Bezugnahme auf einen anderen Ausspruch. Die Bezugnahme kann aber nur dann genügen, wenn dieser andere Ausspruch eben sachlich und formell zum Teil des (endgültigen) Schiedsspruchs gemacht ist. In diesem Sinne ist es durchaus zutreffend und anschaulich, wenn das RG. sagt, der Zwischenschiedsspruch gewinne erst „auf dem Wege über den Schlußschiedsspruch, mit dem er ein Ganzes bilde, seine rechtliche Bedeutung". Wird also in einem ein Verfahren abschließenden Schiedsspruch auf einen vorausgegangenen Zwischenspruch in der Weise Bezug genommen, daß der Schlußausspruch ohne den Zwischenspruch als unvollständig oder als nicht mit Gründen versehen anzusehen wäre, d. h. ist der Zwischenspruch sachlich wesentlicher Teil des ganzen Spruches, so bedarf auch der Zwischenspruch der Zustellung und Niederlegung, denn Schiedsspruch ist eben nur Zugestelltes und Niedergelegtes. Wiederholt dagegen der Schlußschiedsspruch das Wesentliche der Vorentsch., so daß er, für sich allein betrachtet, einen den Streitgegenstand erschöpfenden und mit Gründen versehenen Spruch darstellt, so ist es für seine Wirksamkeit ohne Belang, ob die Vorentsch. ebenfalls zugestellt und niedergelegt war oder nicht.

Es kann also — das ist das Wesentliche — in einem Schiedsspruch auf eine Vorentsch. jeder Art Bezug genommen werden; erforderlich ist dann aber, daß die Vorentsch. ebenso wie ein sonstiger Schiedsspruch durch Zustellung und Niederlegung existent geworden ist. Dagegen ist nicht notwendig ein einheitliches Existentwerden durch gleichzeitige Zustellungs- und Niederlegungsakte; darüber, daß die gegenteilige Ansicht leerer Formalismus wäre, ist kein Wort zu verlieren.

MinR. Dr. **Jonas**, Berlin.

*

13. § 4 PatG. Schon in der Verfügung eines durch Patent geschützten Verfahrens kann eine Patentverletzung liegen. — Werden an Dritte Gegenstände geliefert, die für ein patentverletzendes Verfahren gebraucht worden sind und hat der Verkäufer die Möglichkeit dieser unbefugten Verwendung erkannt, so liegt eine mittelbare Patentverletzung vor.

Die Kl. ist Inhaberin des Patents 300671 auf ein „Verfahren zum Betrieb von Saugtrommeln zum Absondern von festen Stoffen aus Flüssigkeiten oder breiigen Massen". Sie behauptet, daß die Bekl. vorsätzlich Vorrichtungen, die dieses Patent verletzen, feilhalte, Kaufliebhabern vorführe und in den Verkehr bringe, und hat Klage auf Unterlassung, Rechnungslegung und Schadensersatz erhoben. Das LG. hat die Klage abgewiesen. OLG. und RG. haben der Klage stattgegeben, das RG. unter folgender Fassung der Urteilsformel:

Es wurde danach der Beklagten untersagt,

a) Saugtrommeln, die für die Bildung einer besonderen Filterschicht geeignet sind, unter Anwendung solchen Verfahrens als Abnehmer in Betracht kommenden Personen vorzuführen oder unter Erläuterung dieses Verfahrens anzubieten oder

b) Saugtrommeln der zu a bezeichneten Art an solche im Inland arbeitende nichtlizenzberechtigte Betriebe zu liefern, bei welchen nach Art der zu bearbeitenden Stoffe die gelieferten Filter

1. ausschließlich zur Anwendung des bezeichneten Verfahrens bestimmt erscheinen oder

2. neben anderer Benutzung für die Anwendung des bezeichneten Verfahrens in Frage kommen, in letzterem Fall, soweit die Bekl. nicht geeignete Vorkehrungen trifft, um eine Verletzung des Klagpatents durch ihren Abnehmer zu verhindern.

Der Bekl. wurde ferner auferlegt, der Kl. Rechnung darüber zu legen, wieviel Saugtrommeln der zu b bezeichneten Art sie unter den dort angegebenen Umständen seit dem 2. Mai 1925 geliefert habe und zu welchen Preisen diese Lieferungen erfolgt seien. Von der Rechnungslegungspflicht sollten diejenigen Saugtrommeln nicht betroffen werden, die von den Abnehmern zu einem patentverletzenden Verfahren nicht verwendet worden seien.

Die Bekl. hat in einem von Verjährung nicht erfaßten Zeitraum zur Hebung ihres Absatzes ihren Kunden das der Kl. geschützte Verfahren an ihren Filtern gezeigt und auf dessen Vorteile hingewiesen, obgleich sie wußte, daß sie dazu nicht berechtigt war. Darin liegt bereits, wie dem BG. anscheinend entgangen ist, ein aus Erwerbsrücksichten erfolgtes unbefugtes Gebrauchen des Verfahrens (RGZ. 46, 14 [17] = JW. 1903, 248 Nr. 32). Das rechtfertigt bei der zu bejahenden Wiederholungsgefahr ein entsprechendes Unterlassungsgebot.

In der Lieferung von Saugtrommeln, die zur Ausführung des geschützten Verfahrens geeignet sind, liegt kein Inverkehrbringen des Verfahrens (RGZ. 65, 157 [159] = JW. 1907, 185; 101, 135 [139] = JW. 1921, 1534). Nicht nur für ein Unterlassungs-, sondern auch für ein Rechnungslegungsgebot sind die Voraussetzungen jedoch dann gegeben, wenn die von der Bekl. an Dritte gelieferten Filter, die an sich ja in gleicher Weise auch für ein das Patent freilassendes Verfahren geeignet sind, von den mit Benutzungsrecht nicht ausgestatteten Abnehmern im Inland für ein auch nur objektiv patentverletzendes Verfahren gebraucht worden sind, und wenn die Bekl. trotz Erkenntnis der möglichen Absicht solch unbefugter Verwendung die Lieferung bewirkt hat. Die frühere Rspr. hat auch für solche Fälle, jedenfalls ausdrücklich nicht nur lediglich für Fälle, in welchen auch auf seiten der Abnehmer ein vorsätzliches Handeln festgestellt war, den Gesichtspunkt der Beihilfe zur Patentverletzung herangezogen (RGZ. 65, 157; 101, 135). Nach Begriff und Voraussetzungen ist hier jedoch richtiger der Gesichtspunkt der mittelbaren Patentverletzung zu verwenden, der bereits in dem Urt. des erk. Sen. v. 25. Jan. 1928, I 214/27 (MuW. 1927/28, 272) Erwähnung findet (vgl. auch **Krauße**: MuW. a. a. O. S. 555). Die bezeichneten Voraussetzungen liegen, wie entgegen den Ausführungen der Rev. zu bemerken ist, nach den vom BG. getroffenen Feststellungen vor. Sofern, wie im vorliegenden Fall vom BG. für das abnehmende Werk zugrunde gelegt wird, nach der Art der verschiedenen Abwässer eine Benutzung der Saugtrommel mit und ohne Anwendung des geschützten Verfahrens in Betracht kommt, kann ohne Bedenken angenommen werden, daß ein Verkäufer, der, wie die Bekl., ausdrücklich auf die Anwendung seiner Saugtrommel zur Benutzung dieses Verfahrens ohne Rücksicht auf eine etwaige Berechtigung der Abnehmer zu verweisen pflegt, auch mit der ihm bekannten Möglichkeit solcher Verwendung rechnet. Bei der Vervollständigung des Tatbestands durch unberechtigte Benutzung des Verfahrens auf seiten der Abnehmer sind dann die Voraussetzungen der mittelbaren Patentverletzung erfüllt. In solchem Fall ist auch insoweit nicht nur ein Unterlassungsanspruch gegeben, zu dessen Begründung schon die dem Verkäufer bekannte Besorgnis der Patentverletzung durch den Abnehmer genügen würde, sondern auch ein Rechnungslegungsgebot berechtigt. Zur Entscheidungsformel ist im einzelnen noch folgendes zu bemerken:

Sofern bei einem Abnehmer nebeneinander erlaubte und verbotene Anwendungsarten in Frage kommen, ist nach den vorstehenden Ausführungen das Verbot der Lieferung berechtigt, wenn nach den Umständen des Falles die Saugtrommel auch zur Benutzung des unerlaubten Verfahrens bestimmt erscheint (vgl. auch JW. 1927, 1557 Nr. 1). In solchen Fällen muß der Bekl., wenn sie Saugtrommeln lediglich zu der erlaubten Benutzungsart liefern will, überlassen werden, durch geeignete Maßnahmen, z. B. durch Ausbedingung einer Vertragsstrafe für den Fall unberechtigter Benutzung, ernstliche Vorsorge dafür zu treffen, daß die Maschinen nicht zu einem in den Schutzumfang des Klagpatents eingreifenden Verfahren verwendet werden. Ein bloßer Hinweis auf die Möglichkeit einer Patentverletzung genügt in solchen Fällen nicht schlechthin (MuW. 1927/28, 273). Auch das war in der Entscheidungsformel zum Ausdruck zu bringen.

(U. v. 31. Jan. 1931; I 228/30. — Hamm.) [K.]
<= RG. 146, 26>

*

14. § 4 PatG. **Bei der Bestimmung des Gegenstandes einer Erfindung ist die Gesamtheit der Merkmale ins Auge zu fassen. Auch für das einzelne Merkmal kann ein selbständiger Schutz beansprucht werden, wenn es erfinderisch neu ist und gegenüber vorbekannten Einrichtungen einen technischen Fortschritt bedeutet.†)**

Der Kl. war zur Zeit der Klagerhebung Inhaber des mit Wirkung v. 19. Juli 1918 erteilten, im Laufe des Rechtsstreits auf die D.-Werke Adolph D. GmbH. in Bremen umgeschriebenen DRP. Nr. 323334 sowie der beiden Zusatzpatente Nr. 323335 und 347114. Der Patentanspruch des einen Rollgang für Schiebetüren und andere Lasten betreffenden Hauptpatents lautet:

> Rollgang für Schiebetüren und andere Lasten dadurch gekennzeichnet, daß am Befestigungseisen ein Block angebracht ist, in dem unter Belassung einer Rückwand zur Aufnahme der Laufkugel oder Laufrolle mit den ihr als Lager dienenden Tragkugeln eine vorn durch eine Platte verschlossene zylindrische Bohrung ausgearbeitet ist, die unten einen Schlitz für den Eintritt der Laufschiene besitzt.

Die Rev. rügt mit Recht, daß die Begr., mit der das BG. dazu gelangt ist, die blockartige Gestaltung des Rollganggehäuses als für den Schutzumfang des Hauptpatents des Kl. unerheblich zu kennzeichnen, von rechtlichen Irrtümern nicht frei ist. Das BG. erkennt an, daß diese blockartige Gestaltung des Gehäuses etwas Neues war, durch das sich die Vorrichtung des Streitpatents von vorbekannten Einrichtungen, bei denen der Rollgang entweder in einem seitlich und unten offenen Bügel oder in einer aus zwei gepreßten Blechschalen bestehenden Dose untergebracht war, unterschied. Es stellt sodann die Frage, ob schon die blockartige Gestaltung des Rollganggehäuses für sich allein den Gegenstand des Patentes bilde, und verneint dies mit der Begr.: in der Patentschrift sei mit keinem Wort die Blockform als solche, also das Starre und Ungeteilte, das dieser Gestaltung eigne, als etwas Neues hervorgehoben. Daß der Kl. selber auf die Starrheit und Ungeteiltheit keinen Wert gelegt und darin den Lösungsgedanken seines Patents nicht gefunden habe, beweise seine Anmeldung des Zusatzpatents Nr. 347114, in der er von der Blockform völlig habe absehen und das Gehäuse durch zwei aus gepreßtem Blech gepreßten Teilen habe herstellen wollen. Das, was der Kl. als das Neue und Erfinderische angesehen habe und was auch in der endgültigen Formulierung des Patentanspruchs zum Ausdruck komme, sei die Beziehung der beiden (senkrecht zur Achse der Laufrolle liegenden) Abschlußwände zum Kugellager. Diese Beziehung bestehe darin, daß diese Wände als solche, ohne daß besondere Lagerringe oder Lagerschalen nötig seien, unmittelbar zur Abstützung der Tragkugeln dienten. Dabei sei es gleichgültig, ob von den beiden Wänden die eine einen Teil des Blockes bilde oder ob beide Wände gesondert angefertigt und erst nachträglich mit festem oder losem Sitz eingesetzt würden. Unerheblich sei es auch, ob der Berührungspunkt zwischen Laufrolle und Laufschiene innerhalb oder außerhalb des Gehäuses liege. Wesentlich sei nur die glatte (flache) Gestaltung der Abschlußwände. Diese Begr. gibt schon insofern zu rechtlichen Bedenken Anlaß, als das BG. den Gegenstand der Erfindung unter Herausgreifen eines einzelnen Merkmals der geschützten Vorrichtung bestimmen will. Bei der Bestimmung des Gegenstandes der Erfindung mußte das BG. das Rollganggehäuse als Ganzes ins Auge fassen, die Aufgabe erörtern, die der Anmelder des Patents sich gestellt hatte, und prüfen, welche Mittel zur Lösung er angegeben hat. Das BG. erkennt selber an, daß der Gedanke, den Rollgang in einem blockartigen Gehäuse unterzubringen, neu war. Seine Auffassung, daß der Erfinder trotzdem auf die blockartige Gestaltung des Gehäuses keinen Wert gelegt und darin nichts erfinderisch Neues gesehen habe, ist mit der Fassung des Patentanspruchs und dem Inhalt der Patentbeschreibung nicht zu vereinbaren. Im Patentanspruch ist als erstes Merkmal der geschützten Vorrichtung der an einem Befestigungseisen angebrachte Block genannt, und in der Patentbeschreibung sind die Gestalt des Blocks und die Vorzüge, die sie für eine billige und zweckmäßige Herstellung des Rollganges bieten, mit Nachdruck hervorgehoben.

Bei dieser Sachlage hätte das BG. der blockartigen Gestaltung des Rollganggehäuses die Bedeutung für die Bestimmung des Schutzumfanges der streitigen Patents nur dann absprechen können, wenn in dieser Form des Gehäuses, die nach der Feststellung des BG. neu war und die Vorrichtung des Klagepatents von vorbekannten Vorrichtungen unterschied, ein erfinderischer Fortschritt nicht gefunden werden könnte. Es ist in der Rspr. anerkannt, daß bei einer durch mehrere Merkmale gekennzeichneten Erfindung ein selbständiger Schutz für ein einzelnes Merkmal beansprucht werden kann, wenn es erfinderisch neu ist und einen technischen Fortschritt gegenüber vorbekannten Einrichtungen darstellt (Pietzcker, Anm. 62 zu § 4 PatG.; Krauße, Anm. 8 II zu § 4 PatG.). In dieser Hinsicht hat das BG. die Rechtslage bisher aber nicht ausreichend geprüft. Es hat lediglich erörtert, ob der Anmelder des streitigen Hauptpatents selber dem Merkmal der blockartigen Gestaltung des Gehäuses eine erfinderische Bedeutung beigemessen hat. Aber abgesehen davon, daß der selbständige Schutz eines einzelnen Merkmals eines Kombinationspatents nicht davon abhängig ist, ob ein dahin zielender Willen des Anmelders im Erteilungsverfahren hervorgetreten ist (Pietzcker, Anm. 62b zu § 4 PatG.), hat das BG. für seine Auffassung, der Anmelder des Klagepatents habe der blockartigen Gestalt des Rollganggehäuses eine erfinderische Bedeutung nicht beigemessen, eine ausreichende Begr., wie schon bemerkt, nicht gegeben. Das BG. hätte prüfen müssen, ob in der Verwendung des blockartigen Gehäuses ein technischer, nicht von jedem Fachmann ohne erfinderische Tätigkeit zu vollziehender Fortschritt gefunden werden kann. In der Patentschrift ist als Vorzug der geschützten Vorrichtung die Möglichkeit einer sehr einfachen und billigen Herstellung des Rollganges genannt und hervorgehoben, daß der volle Block lediglich eine glatte zylindrische Bohrung zu erhalten brauche. Daß dieser Vorzug in Wirklichkeit nicht bestände, hat das BG. nicht festfestgestellt.

(U. v. 2. Febr. 1935; I 179/34. — Stuttgart.) [K.]

Anmerkung: Bei der vorl. Entsch. handelt es sich um den Schutz der Elemente einer Kombination. Nach der herrschenden Regel genießen in einem Kombinationspatent diejenigen Elemente, die neu sind und einen Fortschritt von erfinderischer Bedeutung bringen, auch dann einen selbständigen Schutz, wenn der Anmelder diesen Schutz nicht ausdrücklich verlangt und das PatA. die Schutzfähigkeit des Elements, losgetrennt von der Kombination, nicht geprüft hat. Hat das PatA. im Erteilungsverfahren sich über die Frage der Schutzfähigkeit eines Kombinationselements geäußert und erklärt, daß nur die Kombination als solche, nicht aber die einzelnen Elemente, geschützt sein sollen, so sind die Gerichte bei der Bestimmung des Schutzbereichs des Patents an die Erklärung gebunden. Ist eine derartige Erklärung des RPatA. nicht erfolgt, wie in dem vorl. Fall, so hat das Gericht von sich aus die Schutzfähigkeit der Elemente zu prüfen. Zu diesem Zweck wird es sich — wie auch hier — eines Gutachters, der auf dem betreffenden Zweig der Technik sachverständig ist, bedienen. Dem Sachverständigen, der über die Neuheit und den Erfindungscharakter des in Frage stehenden Elements sich zu äußern hat, steht in der Regel nicht das druckschriftliche Material zur Verfügung, das das PatA. bei der Prüfung desselben Gegenstandes berücksichtigt hätte. Auch aus anderen Gründen dürfte das Ergebnis seines Gutachtens von dem Ergebnis einer Prüfung derselben Frage durch das PatA. abweichen. So z. B. besitzt er in der Regel nicht die Erfahrungen in der Beurteilung der Erfindungshöhe wie der Prüfer des PatA. Je nachdem er Wissenschaftler oder Praktiker ist, wird er hierbei verschiedene Anforderungen stellen. Schließlich kann auch der Richter, insbes. wenn es sich um eine komplizierte technische Materie handelt, nicht beurteilen, ob die Ausführungen des Gutachters richtig sind. Die Möglichkeit allein, daß er ihnen folgen kann, genügt zur Bildung eines selbständigen Urteils nicht. Deshalb ist auch der Ausschuß für den gewerblichen Rechtsschutz der Akademie für Deutsches Recht zu der Ansicht gelangt, daß ein selbständiges Urteil des Gerichts zu den Fragen der Abhängigkeit, des Schutzumfangs, des Standes der Technik u. a. nur dann möglich ist, wenn in dem Gericht Richter vorhanden sind, die ein genügendes technisches Wissen besitzen (vgl. Ztschr. der Akademie für Deutsches Recht 1934, 65).

Da die Frage nach dem Schutz der Elemente einer Kombination zu der Frage nach dem Schutzbereich des Patents gehört, so wird auch hier erst eine Befriedigung eintreten, wenn dem Vorschlag der

Akademie für Deutsches Recht Rechnung getragen wird, sei es durch die Berufung beamteter technischer Richter in die Patentkammern und -senate oder durch Verweisung der Feststellungs- und Abhängigkeitsklagen an das RPatA., so wie es in Österreich schon seit Jahrzehnten üblich ist.

PatAnw. Dr. A. Ullrich, Berlin.

*

****15.** §§ 7, 9 WbzG.; § 6 Pariser Unionsvertrag, Madrider Abk. vom Jahre 1891. Die Vorschrift des § 9 WbzG., wonach das Warenzeichen nach deutschem Recht mit dem Geschäftsbetrieb zu dem es gehört, untrennbar verknüpft sein, Inhaber und Träger des Zeichens auch Betriebsinhaber sein müssen, betrifft die öffentliche Ordnung i. S. des § 6 des Pariser Unionvertrages in seiner jetzt geltenden Fassung. Der gem. § 9 Nr. 2 WbzG. gegebene Anspruch ist eine Popularklage, gegen die persönliche Einreden, namentlich auch der Einwand der Arglist, nicht zugelassen sind. Die Erhebung dieser Klage kann nicht vertraglich ausgeschlossen werden. Bei international registrierten Marken tritt an Stelle der Löschung die Entziehung des Schutzes im deutschen Reichsgebiete. †)

Für die Bekl. und zwei andere Personen ist das deutsche Warenzeichen Nr. 157 393 in die Zeichenrolle des RPatA. eingetragen auf Grund der Anmeldung v. 7. Nov. 1911 am 16. April 1912, das Zeichen ist für sie ferner international registriert unter Nr. 68 966. Als Geschäftsbetrieb der Zeicheninhaber ist in der Zeichenrolle „Herstellung und Vertrieb von Getränken" und als geschützte Waren sind Liköre angegeben. Die klagende GmbH., die ihren Sitz in Mainz-Kastell hat, behauptet, daß die Bekl. in Wahrheit keinen Geschäftsbetrieb habe, und verlangt deshalb Löschung des deutschen Warenzeichens sowie Entziehung des Schutzes der international registrierten Marke im Gebiete des Deutschen Reiches. Ihrer Angabe nach haben die genannten beiden anderen Zeicheninhaber ihr Einverständnis mit der Löschung und der beantragten Schutzentziehung erklärt.

Die Bekl. hat geltend gemacht, daß sie i. J. 1918 in Italien die Fratelli Br. AktG. mitgegründet habe, in die sie Inventarien, insbes. Maschinen, der bisher bestehenden Familienfirma Fratelli Br. miteingebracht habe, und der sie die Benutzung der Fabrikationsgeheimnisse sowie der genannten Warenzeichen gestattet habe, ohne daß eine Übertragung des Zeichenrechts erfolgt sei. Sie habe nach wie vor einen Geschäftsbetrieb, da die Fabrikationsgeheimnisse sowie bestimmte Rezepte mit in ihrem Eigentum verblieben und der Fratelli Br. AktG. nur zur Benutzung überlassen worden seien. Auch bestehe das entsprechende Warenzeichen, das als Grundlage für die Eintragung des deutschen Zeichens gedient, noch in Italien. Die Bekl. ist der Ansicht, daß deshalb eine Anfechtung des deutschen Zeichens infolge seiner akzessorischen Natur nicht möglich sei, daß zum mindesten aber die Kl., die nach der weiteren Behauptung der Bekl. eine Tochtergesellschaft der Fratelli Br. AktG. ist, die Löschung infolge der mit dieser AktG. bestehenden Abmachungen nicht verlangen könne.

Der Klage ist stattgegeben worden.

I. Das deutsche Zeichen:

1. Das BG. sieht die Löschungsklage gegen das in die deutsche Zeichenrolle eingetragene Warenzeichen Nr. 157 393 nach § 9 Ziff. 2 WbzG. als begründet an. Dabei geht es in Übereinstimmung mit dem LG. davon aus, daß der Fortbestand des inländischen Schutzes für solche Zeichen, die auf Grund eines ausländischen Markenschutzes in die deutsche Zeichenrolle eingetragen worden sind, sich deshalb, weil sie hier eingetragen sind, ausschließlich nach deutschem Recht richtet.

Die Rev. greift diese Auffassung an. Ihrer Ansicht nach hätte das BG. nach dem Sachvortrag und unter Berücksichtigung der mitvorgetragenen Warenzeichenakten des PatA. prüfen müssen, ob nicht Art. 6 der Pariser Verbandsübereinkunft dem Löschungsbegehren entgegenstehe. Die Rev. weist darauf hin, aus diesen Akten des PatA. ergebe sich, daß bei der am 7. Nov. 1911 erfolgten Anmeldung des am 16. April 1912 in die deutsche Zeichenrolle eingetragenen Zeichens Nr. 157 393 die Priorität der Anmeldung in Italien vom 24. Aug. 1911 auf Grund des Pariser Unionsvertrages in Anspruch genommen worden sei, ferner daß dem PatA. die Tatsache nachgewiesen worden sei, daß die Anmelder des ausländischen Warenzeichens zur deutschen Zeichenrolle Markenschutz an dem gleichen Zeichen in dem Ursprungsland Italien für die gleiche Ware, Likör, besessen und diese italienische Marke am 18. Mai 1926 und das in die deutsche Zeichenrolle eingetragene Warenzeichen am 18. Nov. 1927 auf drei Personen als Mitinhaber des deutschen Zeichens umgeschrieben worden seien. Die Rev. meint, daß von den in Art. 6 Abs. 2 a. a. O. aufgeführten Löschungsgründen als anwendbar auf den hier geltend gemachten Fall des Wegfalls eines Geschäftsbetriebes der Mitinhaber der Marke im Ursprungslande Italien allein der Löschungsgrund der Ziff. 3 das.: „Marken, die gegen die guten Sitten oder die öffentliche Ordnung verstoßen" überhaupt denkbarerweise in Erwägung gezogen werden könnte, seine Anwendbarkeit aber doch ausgeschlossen sei, weil ein Verstoß gegen die öffentliche Ordnung nicht vorliege, wenn der eingetragene Inhaber eines Warenzeichens keinen Geschäftsbetrieb mehr habe, die Zeichenrolle aber trotzdem noch mit einem derartigen Zeichen belastet sei. Dazu komme, daß nach den vorgetragenen besonderen Umständen des Falles die Allgemeinheit schlechterdings kein Interesse an der Löschung des Zeichens haben könne.

2. Die Angriffe der Rev. gegen diesen Teil des BU. konnten jedenfalls im Ergebnis keinen Erfolg haben, wenn auch die Frage, welches Recht anwendbar sei, nicht ohne weiteres im Sinne der Vorinstanzen zu beantworten ist. Es gilt in dieser Beziehung vielmehr folgendes:

Nach § 23 Abs. 3 Satz 2 WbzG. muß das ausländische Warenzeichen, um zur Eintragung in die deutsche Zeichenrolle zugelassen zu werden, grundsätzlich allen formellen und materiellen Anforderungen des deutschen WbzG. entsprechen. In Betracht kommen in dieser Beziehung namentlich die Best. des § 4 WbzG. (Hagens, Anm. 18 zu § 23 WbzG.; Baumbach S. 474 Ziff. IV). Eine Ausnahme von dieser Regel bilden etwa abweichende Abmachungen in Staatsverträgen; diese würden nach der Vorschr. des § 23 Abs. 3 Satz 2 vorgehen. Zu diesen Ausnahmen von der Regel des § 23 Abs. 3 Satz 2 gehört die Marke telle quelle, die nach Art. 6 der Pariser Verbandsübereinkunft (Pariser Unionsvertrag, PUV.) v. 20. März 1883 zum Schutze des gewerblichen Eigentums (rev. in Brüssel am 14. Dez. 1900, in Washington am 2. Juni 1911, im Haag am 6. Nov. 1925, in London am 2. Juni 1934), für Verbandsangehörige gilt. Allerdings ist die Marke telle quelle, nachdem in Deutschland durch das geltende WbzG. v. 12. Mai 1894 im Gegensatz zum früheren MarkschG. v. 30. Nov. 1874 die Wortmarke zugelassen ist, und nach den in Art. 6 Abs. 2 zugelassenen Zurückweisungs- und Löschungsgründen, auf die unten näher einzugehen ist, nur noch von geringer Bedeutung. Die beiden hier in Betracht kommenden Länder, Italien und das Deutsche Reich, haben den PUV. in der Fassung vom Haag ratifiziert (vgl. die Mitteilung: GewRSch. 1934, 170 = MuW. 1934, 93, Stand vom 1. Jan. 1934). Art. 6 Abs. 1 PUV. (Marke telle quelle) enthält die Best., daß jede im Ursprungslande vorschriftsmäßig eingetragene Fabrik- und Handelsmarke so, wie sie ist (telle quelle) in den anderen Verbandsländern zur Hinterlegung zugelassen und geschützt werden soll, also ohne Rücksicht auf entgegenstehende Best. des inländischen Rechts (vgl. Nr. 4 des Schlußprotokolls zum PUV.). Danach sollten abgesehen von dieser Best. (d. h. von der Klausel telle quelle) die materiellen Zurückweisungs- und Löschungsgründe des Warenzeichenrechts der einzelnen Verbandsländer durch den Art. 6 nicht berührt werden, so daß die Klausel telle quelle sich, wie es in jener Nr. 4 des Schlußprotokolls heißt, nur auf die Form

der Marke beziehe. Diese Auslegung ist jetzt aber nicht mehr angängig, da schon die Washingtoner Fassung v. 2. Juni 1911 sämtliche Zurückweisungs- und Ungültigkeitsgründe unter drei Nummern in Art. 6 Abs. 2 erschöpfend aufzählt (vgl. Hagens S. 343 Anm. 1 zu Art. 6 PUV. in der Fassung von Washington). „Diese sind für das PatA. und die Gerichte gleich maßgebend, treten also auch an die Stelle der in § 9 WbzG. angegebenen Löschungsgründe" (Baumbach S. 454 Ziff. III). Daher ist die ältere Rspr. des RG., soweit sie noch Fälle aus der Zeit vor der Washingtoner Rev. betrifft und auf der übrigens an sich zweifelhaften Unterscheidung von Vorschr. über die Form der Marke und solchen über ihre sachliche Beschaffenheit beruhte, heute ohne Bedeutung. Das gilt z. B. von dem Urt. des erk. Sen. vom 11. März 1910, „Die materiellen Erfordernisse werden durch Art. 6 PUV. nicht berührt" (Hagens, Anm. 1 zu Art. 6 PUV. S. 343 Komm. z. WbzG.). Ebenso sind nach den vorstehenden Darlegungen Aussprüche in den älteren Entsch. wie z. B. trotz der akzessorischen Natur des Inlandsschutzes bei Auslandszeichen sei, weil die Zeichen in die deutsche Zeichenrolle eingetragen seien, das deutsche Recht maßgebend (RGZ. 51, 268; 46, 129; 73, 234 = JW. 1910, 486), jedenfalls nicht in dieser uneingeschränkten Fassung aufrechtzuerhalten. Daher ist der mit jener Auffassung übereinstimmende Standpunkt des LG., dem sich das BG. ohne jeden Zusatz einfach anschließt, an sich rechtlich nicht zutreffend. Vielmehr hätte es, wie der Rev. zuzugeben ist, einer Stellungnahme zu Art. 6 PUV. in der Haager Fassung, die bereits zur Zeit des Erlasses des BU. galt, insbes. zu dem das. Abs. 2 Nr. 3 als Löschungsgrund aufgeführten Verstoß gegen die öffentliche Ordnung bedurft; die übrigen dortigen Löschungsgründe scheiden hier wegen ihrer Unanwendbarkeit auf den vorl. Fall ohne weiteres aus. Es mag hinsichtlich ihrer (Nr. 1 und 2 das.: Das Zeichen ist geeignet, Rechte Dritter zu verletzen, sowie Fehlen der Unterscheidungskraft und rein beschreibende Merkmale oder Angaben) nur bemerkt werden, daß sie (außer §§ 5, 6 WbzG. für die Versagung) dem § 9 Nr. 1 WbzG. und den Löschungsgründen des allgemeinen Warenzeichenrechts besonders wegen Verletzung des materiellen Rechts eines anderen bzw. den Versagungsgründen der §§ 1, 4 Nr. 1 WbzG. entsprechen. Auch der Löschungsgrund des Art. 6 Abs. 2 Nr. 3, soweit er Zeichen betrifft, die gegen die guten Sitten verstoßen, und daher den deutschen Vorschr. in § 4 Abs. 1 Nr. 3 und in § 9 Abs. 1 Nr. 3 WbzG. entspricht, kommt hier nicht in Betracht, wo es sich um den angeblichen Wegfall des Geschäftsbetriebes des eingetragenen Zeicheninhabers handelt. Es konnte sich vielmehr nur fragen, ob der andere Fall des Art. 6 Abs. 2 Nr. 3 — Verstoß der Marke gegen die öffentliche Ordnung — hier gegeben ist. Bei Prüfung und Entscheidung der Frage, ob eine Marke die öffentliche Ordnung verletzt, ist von der Best. des Art. 6 Abs. 2 Nr. 3 Satz 2 PUV. in der Haager Fassung auszugehen, wonach „Einverständnis darüber besteht, daß eine Marke nicht schon deshalb als gegen die öffentliche Ordnung verstoßend angesehen werden kann, weil sie einer Vorschr. des Markenrechts — zu ergänzen ist: des Landes, in dem die zweite Eintragung beantragt bzw. bereits geschehen ist, d. i. des nationalen Rechts — nicht entspricht, es sei denn, daß diese Best. selbst die öffentliche Ordnung betrifft". Darüber, ob dies der Fall ist, entscheidet allein das nationale Recht, also hier das deutsche Recht. Art. 6 Abs. 2 Nr. 3 hält das nationale Recht für die Löschung aufrecht, wenn dieses „die öffentliche Ordnung betrifft". Nur diese Bedingung ist — und zwar nach dem nationalen Rechte — zu prüfen. Wird sie bejaht, so steht fest, daß sich nun nach nationalem Rechte bestimmt, ob die Marke beibehalten werden darf oder gelöscht werden muß. Die Vorschr. des § 9 Nr. 2 WbzG. „betrifft die öffentliche Ordnung". Das Gesetz verlangt, daß der in der Rolle eingetragene Geschäftsbetrieb dem ebenfalls daselbst eingetragenen Inhaber gehört und von ihm selbst auf seinen eigenen Namen geführt wird. Die Vorschr. will dem Grundsatz des § 7 WbzG., einem der wesentlichsten Pfeiler des deutschen Warenzeichenrechts, Geltung verschaffen, daß das Warenzeichen mit einem bestimmten Geschäftsbetriebe verbunden sein muß und ohne diesen nicht auf einen anderen übergehen kann, weil es sonst seine Aufgabe nicht erfüllen könnte, auf einen bestimmten Geschäftsbetrieb hinzuweisen mit der Folge, daß das Publikum in vielen Fällen der Gefahr der Täuschung über die Herkunftsstätte und damit über den Wert der gekennzeichneten Waren ausgesetzt wäre (RGZ. 56, 371; Hagens, Anm. 8 zu § 9, Anm. 4 zu § 7 WbzG.). Indem hiernach die Vorschr. des § 9 Abs. 1 Nr. 2 WbzG. bezweckt — ebenso wie die des § 4 Abs. 1 Nr. 3 Fall 2 und des § 9 Abs. 1 Nr. 3 —, der Täuschung des Publikums vorzubeugen, und zwar einer Täuschung über den Geschäftsbetrieb, zu dem das Zeichen gehört, betrifft diese Vorschr. die öffentliche Ordnung. Gleicher Ansicht mit gleicher Begr. sind Hagens, Anm. 3 zu Art. 6 PUV. S. 344 a. a. O. und Baumbach a. a. O. S. 454 Ziff. III. Auch die später noch näher zu behandelnde Entsch. des erk. Sen.: RGZ. 120, 402 ff. (405) = JW. 1928, 2075 erklärt, daß durch ein wegen Aufgabe des Geschäftsbetriebs seitens des eingetragenen Zeicheninhabers unzulässig gewordenes Warenzeichen die Allgemeinheit beeinträchtigt wird und daher ein öffentliches Interesse an der Beseitigung dieses unrechtmäßigen Zustandes zu bejahen ist. An dieser Beurteilung des rechtlichen Charakters der Vorschr. des § 9 Abs. 1 Nr. 2 WbzG. ändert auch der von der Rev. betonte Umstand nichts, daß der Gesetzgeber in diesem Fall nicht ausnahmslos die Löschung von Amts wegen durch das PatA. angeordnet hat, sondern beim Widerspruch des Zeicheninhabers demjenigen, der die Löschung des Zeichens beantragt hat, nur anheimgibt, den Löschungsanspruch im Wege der Klage zu verfolgen (§ 9 Abs. 5 Fall 2 a. a. O.). Zu dieser Regelung hat die Erwägung geführt, daß — abgesehen von dem Fall, wo keine Meinungsverschiedenheit herrscht (Abs. 5 Fall 1) — die zur Beurteilung gelangenden, vielfach verwickelteren Verhältnisse im Rechtsstreit vor den ordentlichen Gerichten zur erschöpfenden Würdigung gebracht werden sollen (vgl. Begr. z. Entw. des WbzG. S. 15; Hagens Anm. 1 zu § 9).

Maßgebend für die Entsch. des Klageanspruchs, soweit er auf Löschung des in die deutsche Zeichenrolle unter Nr. 157 393 eingetragenen ausländischen Warenzeichens gerichtet ist, ist somit die Vorschr. des § 9 Abs. 1 Nr. 2 WbzG., wie auch das BG. annimmt. In der Zeichenrolle ist als Geschäftsbetrieb der Zeicheninhaber für die im Warenverzeichnis genannte geschützte Ware Likör die Herstellung und der Vertrieb von Getränken angegeben. Die Bekl. bestreitet nicht, daß ein solcher Geschäftsbetrieb der Zeicheninhaber nicht mehr vorhanden sei. Sie wendet aber in erster Linie ein, daß durch das Bestehen enger wirtschaftlicher und finanzieller Beziehungen der Zeicheninhaber zu dem Geschäftsunternehmen der Kl., auf Grund deren diese als mittelbare Lizenznehmerin der Zeicheninhaber anzusehen sei, dem Erfordernis des Vorhandenseins eines auf die geschützte Ware gerichteten Geschäftsbetriebes genügt sei. Ihr Vorbringen in dieser Beziehung läuft nach der Feststellung des BG. in tatsächlicher Hinsicht darauf hinaus, daß sie Eigentümerin bzw. Miteigentümerin der Rezepte für Likörherstellung und auch Eigentümerin bzw. Miteigentümerin des in Italien eingetragenen Warenzeichens geblieben sei, daß sie hieran einer als Familiengründung anzusehenden Mailänder AktG. nur eine „Lizenz" eingeräumt habe, daß die Mailänder AktG. ihrerseits zu den Gründern der in Deutschland i. J. 1926 gegründeten Kl. gehört habe, und daß die Kl. auf diese Weise gleichfalls zur Lizenznehmerin der Bekl. geworden sei. Das BG. ist der Ansicht, daß diese wirtschaftliche und finanzielle Beteiligung der Bekl. an der Kl. (über die Mailänder AktG.) nicht den vom deutschen Recht für das Fortbestehen eines Warenzeichens geforderten Geschäftsbetrieb zu ersetzen vermöge. Zur Begr. führt das BG. in Übereinstimmung mit den Grundsätzen der von ihm herangezogenen Entsch. des erk. Sen. v. 9. Juli 1926: RGZ. 114, 276 ff. = JW. 1927, 103, insbes. S. 278, aus, daß das Warenzeichen nach deutschem Recht (§§ 1, 7, 9 Nr. 2, 12, 24a WbzG.) mit dem Geschäftsbetrieb, zu dem es gehöre, untrennbar verknüpft sei, und zwar so, daß der Inhaber und Träger des Zeichens auch der Betriebsinhaber sein und sich mit den zum Warenverzeichnis angemeldeten und dort eingetragenen Waren selbst befassen müsse, und daß das Waren-

zeichen an einen bestehenden Geschäftsbetrieb als dessen Zubehör gebunden sei. In weiterer Übereinstimmung mit der vorgenannten Entsch. des erk. Sen. betont das BG. dann, daß selbst durch engste finanzielle und wirtschaftliche Zusammenhänge zwischen Tochter- und Muttergesellschaft sowie Gesellschaft und Anteilseigner der Geschäftsbetrieb, wenn — wie im vorl. Falle — eine eigene Rechtspersönlichkeit bestehe, noch nicht zu einem gemeinschaftlichen und einheitlichen werde, und daß, da die besonderen Voraussetzungen des Verbandszeichens nicht vorlägen, das Zeichen für jeden einzelnen Betrieb eingetragen sein müßte, sofern dieser, wie hier, auf eigenen Namen und mit eigener Rechtspersönlichkeit geführt werde. Unerheblich sei es auch, ob die Rezepte für die Likörherstellung im Miteigentum der Bekl. verblieben seien, wie sie behaupte, und nur eine „Lizenz", wie sie weiter behaupte, zum Zwecke der Benutzung der Rezepte von deren Eigentümern der Mailänder AktG. und von dieser wiederum der Kl. eingeräumt seien. Denn es komme lediglich auf die Frage an, ob die Herstellung oder der Vertrieb der Ware gerade im Geschäftsbetrieb des eingetragenen Zeicheninhabers selbst erfolge; der Betrieb des Lizenznehmers könnte den mangelnden eigenen Betrieb des Zeicheninhabers zeichenrechtlich nicht ersetzen, stützen oder ergänzen.

Diese gesamte Begr. des BG. steht überall in Übereinstimmung mit der gen. Entsch. des erk. Sen. An den in ihr vertretenen Grundsätzen ist festzuhalten. Auf gleichem Standpunkt steht auch das Schrifttum, z. B. Hagens, Anm. 9 zu § 9 S. 158. Ebenso ist schon in der Entsch. des erk. Sen.: RGZ. 101, 407 ff. = JW. 1921, 1535 betr. „Simonsbrot" ausgesprochen, daß die Erteilung von Lizenzen für ein patentiertes Verfahren zur Herstellung einer Ware keinen Geschäftsbetrieb im Sinne des Gesetzes darstelle und daher keine geeignete Grundlage für ein Warenzeichen bilde.

3. Auch die Rev. erhebt keinen Angriff gegen diese grundsätzliche Einstellung des BG. Die Bekl. hat aber weiter unter Ber. auf die von ihr behauptete, vom BG. zu ihren Gunsten als bestehend unterstellte Lizenzpflicht der Kl. bezüglich des Warenzeichens Nr. 157 393 gegenüber dem Löschungsanspruch den Einwand der Arglist erhoben, den sie damit begründet, daß die Kl. sich durch diese Klage ihrer Lizenzgebührzahlungspflicht entziehen wolle. Das BG. steht auf dem Rechtsstandpunkt, daß die Bekl. — ganz abgesehen davon, daß nach ihrer eigenen Sachdarstellung ihr gegenüber eine Zahlungspflicht der Kl. überhaupt nicht bestehe — mit diesem Einwande nicht zu hören sei, da die Klage aus § 9 Nr. 2 WbzG. eine Popularklage sei und die Kl. daher hinsichtlich dieser Klage der Bekl. wie ein Fremder gegenüberstehe, dessen Vorgehen die Interessen der Allgemeinheit wahrnehme.

Dieser Standpunkt des BG. steht in vollem Einklang mit der neueren ständigen Rspr. des erk. Sen. Nach dieser sind gegenüber der Popularklage aus § 9 Nr. 2 und 3 WbzG. Einwendungen nicht zuzulassen, die sich lediglich gegen die Person des Kl. richten (vgl. die Entsch. v. 21. Okt. 1924: RGZ. 109, 73 ff. [77] = MuW. 24, 106 ff. [108] betr. „Weißer Hirsch"; ferner die bereits oben behandelte Entsch. v. 9. Juli 1926: RGZ. 114, 276 ff. [279] = JW. 1927, 103 = MuW. 26, 72 [73] betr. „Ara"; ferner Entsch. vom 17. April 1928: RGZ. 120, 402 [404] = JW. 1928, 2075 = MuW. 27, 453 f. betr. „Bärenstiefel", ferner Entsch. v. 12. Juni 1931: MuW. 31, 501 ff. [504]). An dieser Rechtsauffassung war festzuhalten, und zwar vor allem aus dem in den obigen Entsch. ausgesprochenen, in zit. RGZ. 120, 402 eingehend dargelegten Grunde, daß der aus § 9 Nr. 2 WbzG. die Löschung verlangende Kl. kein eigenes Interesse, sondern das der Allgemeinheit vertritt, daran, daß unzulässige Warenzeichen nicht eingetragen werden oder bleiben, und daß er deshalb insoweit nicht sittenwidrig order arglistig oder vertragswidrig handeln kann. Auch das Schrifttum hat sich überwiegend diesem Standpunkt des RG. angeschlossen, so Baumbach S. 288 unter B; Reimer, Wettb.- u. WZR. 1, 363 Anm. 8.

Die Rev. rügt weiter, das BG. hätte nach § 551 Nr. 7 ZPO. das Vorbringen der Bekl. bezüglich der Lizenzpflicht der Kl. nicht nur unter dem Gesichtspunkt des Einwandes der Arglist, sondern auch unter dem der exceptio pacti prüfen müssen. Zur Begr. führt die Rev. aus: Unterstelle man, daß die Kl. Lizenznehmerin der Bekl. geworden sei, so könne dies nur auf Grund eines obligatorischen Vertrages zwischen den Parteien geschehen sein; dieser Vertrag aber müsse nach Treu und Glauben dahin ausgelegt werden, daß der sog. Lizenznehmer seinerseits alle Angriffe auf die Warenzeichen zu unterlassen habe, an denen ihm die Lizenz eingeräumt sei. Die Ver. der Bekl. auf das Lizenzabkommen bedeute deshalb, daß die Kl. vertraglich verpflichtet sei, eine Klage der vorl. Art nicht zu erheben. Demgegenüber ist zunächst grundsätzlich zu betonen, daß hier in bezug auf die Vertragseinrede die gleichen rechtlichen Gesichtspunkte gelten wie hinsichtlich der Einrede der Arglist, da es sich in Wahrheit nur um verschiedene Bezeichnungen desselben Rechtsbehelfs handelt. Es ist daher in gleicher Weise gegenüber diesem Angriff der Rev. hinzuweisen auf die Begr. der oben genannten Entsch. des erk. Sen.: RGZ. 120, 402 ff., besonders 405. Dort ist ausgeführt, daß für den Einwand, die Klage verstoße gegen Vertragsrecht (exceptio pacti), schon deshalb kein Raum sei, weil die vertragliche Ausschließung der Klage, d. h. die Übernahme der Verpflichtung, ein nach dem Gesetz wegen Wegfalls des Geschäftsbetriebes, zu dem das Warenzeichen gehört, durch den eingetragenen Zeicheninhaber unzulässig gewordenes Warenzeichen als zulässig und weiterbestehend zu behandeln, nach §§ 134, 306 BGB. nichtig wäre. Aus der Unzulässigkeit des Warenzeichens als Folge der Einstellung des Geschäftsbetriebes, für den der Zeichenschutz erworben ist, folgt aber auch, wie dort weiter hervorgehoben wird, daß der bisherige Zeichenberechtigte in Wahrheit gar kein schutzwürdiges Interesse an der Geltendmachung eines Einwandes hat, um die Klage aus § 9 Abs. 1 Nr. 2 WbzG. zu Fall zu bringen. — Diese Ausführungen stellen eine weitere zusätzliche Begr. dar neben dem dort an die Spitze gestellten und in erster Linie entscheidenden Grund, daß durch das wegen Einstellung des Geschäftsbetriebes seitens des eingetragenen Zeicheninhabers unzulässig gewordene Warenzeichen die Allgemeinheit beeinträchtigt wird, daher ein öffentliches Interesse an der Beseitigung dieses unrechtmäßigen Zustandes zu bejahen ist, und daß deshalb derjenige, der die Popularklage erhoben hat, dem anderen Teil nicht als bestimmte Einzelperson, sondern lediglich als Vertreter allgemeiner Interessen gegenübersteht mit der sich hieraus ergebenden Rechtsfolge, daß von seiner Person, also auch von seinem früheren Verhalten gegenüber dem anderen Teil und von den etwaigen unlauteren Zwecken, die er mit der Klage nebenher verfolgt, abgesehen werden müsse. Diese Ausführungen in RGZ. 120, 402 ff. sind weiter noch dahin zu ergänzen: Die Rechtsordnung überläßt in § 9 Abs. 1 Nr. 2 WbzG. Privatpersonen die Wahrnehmung öffentlich-rechtlicher Belange; sie setzt auch in keiner Weise für bestimmte Personen eine Verpflichtung zur Erhebung der Klage auf Löschung eines unzulässig gewordenen Zeichens fest. Aber die Rechtsordnung gestattet nicht — jedenfalls nicht mit verpflichtender Wirkung — Bindungen, die solche Wahrnehmung ausschließen sollen, da anderenfalls der Zweck der Verfolgung staatlicher Interessen vereitelt werden würde. Es wäre ein unvereinbarer Widerspruch, einerseits zwar in dem Weiterbestehen eines Zeichens für einen Geschäftsbetrieb, der von dem eingetragenen Zeicheninhaber eingestellt worden ist, einen Zustand zu erblicken, der gegen die öffentliche Ordnung verstößt, wie dies oben dargelegt ist, andererseits aber das Weiterbestehen dieses unrechtmäßigen Zustandes durch die rechtliche Anerkennung privater Vereinbarungen über den Löschungsanspruch zuzulassen. Deshalb muß das Recht zur Geltendmachung eines Löschungsanspruchs aus § 9 Abs. 1 Nr. 2 WbzG. von privatrechtlichen Bindungen befreit werden, ohne daß dem Kl. der Einwand der unerlaubten Handlung, der Arglist, der Vertragsverletzung oder überhaupt der Verletzung des Grundsatzes von Treu und Glauben im Verkehr entgegengehalten werden könnte.

Damit erledigt sich ohne weiteres auch der Hinweis der Rev. auf die nach ihrer Ansicht nach Treu und Glauben anzunehmende, von der Kl. als angebliche Lizenznehmerin der

Bekl. stillschweigend übernommene Verpflichtung, jedenfalls ihrerseits von der Erhebung der Klage aus § 9 Abs. 1 Nr. 2 WbzG. abzusehen, ohne daß es noch des Eingehens auf die Frage bedurfte, ob überhaupt zwischen den Parteien ein als Lizenz zu bezeichnendes Abkommen bestanden hat und ob ein solches im Falle seines Bestehens sich innerhalb des von der Rspr. und dem Schrifttum nur als rechtlich zulässig angesehenen Rahmens gehalten hat (vgl. Entsch. des erk. Sen.: RGZ. 124, 273 ff. [278 a. E., 279] = JW. 1929, 3061).

Rechtlich unerheblich ist endlich der Hinweis der Rev. darauf, daß nach dem vom BG. festgestellten Tatbestand die Löschung des italienischen Zeichens auf Grund der Best. des italienischen Rechts nicht zu geschehen hätte. Es handelt sich im vorl. Rechtsstreit — abgesehen von der international registrierten Marke, auf die unten einzugehen ist — um das in die deutsche Zeichenrolle eingetragene Warenzeichen.

II. Die international registrierte Marke:

Nach Art. 4 des Madrider Abk. v. 14. April 1891 betr. die internationale Registrierung von Fabrik- und Handelsmarken, dem das Deutsche Reich durch Ges. v. 12. Juli 1922 (RGBl. II, 669) beigetreten ist, und nach § 7 der VO. über die internationale Registrierung von Fabrik- und Handelsmarken v. 9. Nov. 1922 (RGBl. II, 778) hat die internationale Registrierung einer ausländischen Marke für Deutschland die gleiche Wirkung, wie wenn die Marke für die dabei angegebenen Waren in die Zeichenrolle des RPatA. eingetragen worden wäre. Der danach an sich in Deutschland bestehende Schutz der für die Bekl. und die im Eingange des Tatbestandes genannten beiden anderen Personen international registrierten Marke Nr. 68 966, die identisch ist mit dem oben unter I behandelten, in die deutsche Zeichenrolle eingetragenen, aber nach § 9 Nr. 2 WbzG. wegen Aufgabe des Geschäftsbetriebes durch die eingetragenen Zeicheninhaber unzulässig gewordenen und daher zu löschenden Warenzeichen Nr. 157 393, versagt aus dem gleichen Grunde, nämlich gem. § 9 Nr. 2 WbzG., aus dem die Löschung des deutschen Warenzeichens geboten ist. An Stelle der Löschung tritt auf Grund des § 10 der genannten, für Deutschland geltenden VO. v. 9. Nov. 1922 unter anderem in dem Falle des § 9 Abs. 1 Nr. 2 WbzG. die Entziehung des Schutzes im Gebiete des Deutschen Reiches (vgl. Urt. des erk. Sen. v. 20. Sept. 1927: MuW. 27, 96 ff.). Im übrigen aber gilt alles das, was in den vorstehenden Ausführungen (unter I) für das Warenzeichen gesagt worden ist, auch für die internationale Marke 68 966.

(U. v. 18. Jan. 1935; II 266/34. — Berlin.) [K.]
<= RGZ. 146, 325.>

Anmerkung: Das Urteil bezieht sich auf eine Ausländermarke, die auf Grund einer italienischen Heimateintragung sowohl durch die deutsche Zeichenrolle als auch durch internationale Registrierung in Bern schutzrechtliche Wirksamkeit erlangt hatte. Aus der Begründung sind bedeutsame Richtlinien zu entnehmen, die zum Teil auch für Inländerzeichen Gültigkeit haben.

Soweit sich das RG. mit der Frage befaßt, nach welchen Grundsätzen der Anspruch auf Löschung des in Deutschland eingetragenen Zeichens eines Ausländers zu beurteilen ist, gilt das sich aus dem Unionvertrag (UV.) ergebende Recht, wenn der Heimatstaat des Ausländers zur Pariser Union gehört. Es ist diejenige Fassung maßgebend, in welcher der UV. im Verhältnis zwischen Deutschland und dem betreffenden Heimatstaat ratifiziert worden ist. Da der UV. (Art. 6) den Anspruch auf Löschung eines Zeichens wegen mangelnden Geschäftsbetriebes nicht kennt, so ergab sich als entscheidende Frage die, ob die Löschungsklage nach § 9 Ziff. 2 WbzG. (wegen Einstellung des Geschäftsbetriebes) unter den im Art. 6 UV. vorgesehenen Versagungsgrund fällt, ob also eine Markeneintragung ohne Geschäftsbetrieb „gegen die öffentliche Ordnung verstößt". Das hat das RG. in obiger Entsch. mit Recht bejaht, auch gegenüber dem zweiten Absatz des Art. 6 Ziff. 3 UV., wonach im „Einverständnis der Vertragsländer eine Marke nicht schon deshalb gegen die öffentliche Ordnung verstoßen soll, weil sie einer Vorschrift des Markenrechtes nicht entspricht, es sei denn, daß diese Best. selbst die öffentliche Ordnung betrifft". Nunmehr ist klar ausgesprochen worden, daß § 9 Abs. 2 eine Vorschrift der „öffentlichen Ordnung" ist. Diese Entsch. war nach der bisherigen Rspr. des RG. zu erwarten. Denn aus der Popularklage, die das Gesetz für die Löschung von solchen Zeichen vorgesehen hat, hinter denen kein Geschäftsbetrieb mehr steht, folgert zwangsläufig, daß der Kl. im Dienste der öffentlichen Ordnung handelt.

Im Urteil des RG. ist nichts darüber gesagt, daß der Geschäftsbetrieb des Ausländers sich auch auf das Inland erstrecken muß oder daß ein Benutzungszwang für den Ausländer besteht, sich der Marke zu bedienen. Die in Art. 5 Abs. 7 UV. enthaltene Vorschrift, daß die Eintragung einer ungebrauchten Marke „erst nach Ablauf einer angemessenen Frist und nur dann für ungültig erklärt werden kann, wenn der Beteiligte keine Gründe für seine Untätigkeit dartut", stand demgemäß nicht zur Erörterung.

Die Frage, ob ein Geschäftsbetrieb von dem Zeicheninhaber in seinem Heimatstaate ausgeübt wurde, ist nicht nach italienischem, sondern nach deutschem Recht beurteilt worden. Auch das ist richtig. Denn es handelt sich um die Schutzwirkung eines in Deutschland eingetragenen Zeichens bzw. einer internationalen Marke lediglich für das deutsche Hoheitsgebiet.

Was über den Geschäftsbetrieb in tatsächlicher Beziehung festgestellt wurde, ist folgendes:

Ursprünglich hatte die Zeicheninhaberin einen eigenen Geschäftsbetrieb, der aber i. J. 1918 in eine AktG. eingebracht wurde, an der die Zeicheninhaberin beteiligt war. Es hätte nahegelegen, das zu dem Geschäftsbetrieb gehörende Zeichen auch auf die AktG. zu übertragen. Die Übertragung des Zeichenrechts hätte sogar noch nachgeholt werden können — auch während des Prozesses, und zwar mit der Folge, daß dann die Löschungsklage gegenstandslos geworden wäre. Aber an Stelle der Übertragung des Zeichens auf die AktG. hatte die Zeicheninhaberin eine Vereinbarung getroffen, wonach sie im Besitz des Zeichens bleiben sollte und dessen Benutzung der AktG. lediglich „lizenzweise" gestattete. Auch hatte sie sich die Eigentumsrechte an Fabrikationsgeheimnissen und bestimmten Rezepten vorbehalten. Diesen der Zeicheninhaberin verbliebenen Besitz hat das RG. nicht als „Geschäftsbetrieb" anerkannt. Es vertritt weiterhin auch die in früheren Urteilen niedergelegte strenge Auffassung: „der Inhaber und Träger eines Zeichens muß auch der Betriebsinhaber sein und sich mit den zum Warenzeichen angemeldeten und dort eingetragenen Waren selbst befassen"... „Der Betrieb des Lizenznehmers kann den mangelnden Eigenbetrieb des Zeicheninhabers nicht ersetzen, stützen oder ergänzen." Diese Auffassung ist nicht zu billigen. Sie entspricht nicht den Bedürfnissen des deutschen Verkehrs und der Vielgestaltigkeit der wirtschaftlichen Verhältnisse. Es kann sogar die Interessen des Zeichenbesitzers gefährden, wenn die starre Forderung der Identität des eingetragenen Inhabers und des Betriebsherrn weiterhin bestehen bleiben soll. Hat ein Zeicheninhaber einen Betrieb aufgebaut und dessen Marke bekanntgemacht, späterhin aber aus wirtschaftlichen Gründen den Betrieb verpachtet, so ist nicht einzusehen, warum er nicht Inhaber des Zeichens bleiben kann. Die Verkehrsbekanntheit eines Zeichens ist vielfach das Ergebnis schöpferischer Leistungsfähigkeit. Warum die Zwangsenteignung des Zeichenrechtes, wenn das Bedürfnis nach fremder Finanzhilfe besondere Rechtsformen für den Betrieb mit sich bringt? An die Stelle einer Verpachtung können auch lizenzähnliche Verhältnisse treten, falls das Zeichen mit einem ganz bestimmten Artikel oder einem ganz bestimmten Rezept verknüpft ist.

Gerade weil bei Anwendung der strengen Grundsätze des RG. Härten auftreten können, da der „Popularkläger" gegen alle Einreden privatrechtlicher Art (sogar gegen die exceptio doli) gesichert ist und so unter Umständen eigennützige Ziele verwirklichen kann, die nicht dem Sittlichkeitsbewußtsein des Volkes entsprechen, muß hier unbedingt eine Änderung geschehen. So hat sich denn die Akademie für deutsches Recht dieser Frage bereits angenommen und in der Sitzung des Ausschusses für gewerblichen Rechtsschutz v. 9. April 1934 für das neue Warenzeichengesetz eine Best. vorgesehen, wonach die Gebrauchsgestattung durch den Inhaber eines Warenzeichens an Dritte unter besonderen Voraussetzungen zulässig ist. Da diese Best. von hoher Stelle befürwortet ist, so kann mit einer Änderung des Gesetzes in diesem Sinne gerechnet werden.

RA. Ernst Aug. Utescher, Hamburg.

*

**16. §§ 223, 329, 519 ZPO.

1. Eine von zuständiger Seite einmal erlassene, das Verfahren betreffende Verfügung verliert nicht ohne weiteres ihre Gültigkeit, wenn sich nachträglich herausstellt, daß sie unter einer irrtümlichen Voraussetzung erlassen worden ist.

2. Die Verfügung, durch die eine Sache zur Feriensache erklärt wird, muß gem. §§ 208 ff. ZPO. zugestellt werden, wenn durch sie eine Frist — z. B. die durch die Gerichtsferien ge-

hemmte Berufungsbegründungsfrist — in Lauf gesetzt wird. †)

Gegen das Urteil des LG. hat der Bekl. rechtzeitig am 4. Juli 1934 Berufung eingelegt. Am 15. Aug. 1934 beantragte der Prozeßbevollmächtigte der Kl. erster Instanz, die Sache als Feriensache zu bezeichnen. Durch Verfügung des Vorsitzenden v. 16./18. Aug. 1934 wurde dem Bekl. zum Nachweis der Zahlung der Prozeßgebühr eine Frist bis zum 18. Sept. 1934 gesetzt und die Sache zur Feriensache erklärt. Diese Verfügung ist dem Prozeßbevollmächtigten des Bekl. am 22. Aug. 1934 formlos persönlich zugestellt worden. Dieser reichte eine Berufungsbegr. erst am 4. Okt. 1934 bei dem BG. ein. Er machte geltend, die Verfügung des Vorsitzenden v. 16./18. Aug. 1934 sei hinsichtlich der Bezeichnung der Sache als Feriensache unwirksam, weil der bezügliche Antrag nicht von einem bei dem BG. zugelassenen Anwalt gestellt worden sei. Eventuell bat er um Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gegen die Versäumung der Berufungsfrist, da er die Mitteilung über die Erklärung der Sache zur Feriensache infolge eines unabwendbaren Zufalls nicht beachtet habe; denn sie sei in einem Vordruck betr. Fristbestimmung des Vorsitzenden gem. § 519 Abs. 6 ZPO. — mit Tinte eingefügt — enthalten gewesen, und derartige, nur Fristen enthaltende Formulare würden ihm zur persönlichen Bearbeitung nicht vorgelegt, sondern in seinem Büro erledigt. Weder dem Anwalt noch seinem Personal könne zugemutet werden, in vorgedruckten Formularen Gerichtsbeschlüsse und Verfügungen zu vermuten.

Das KG. hat das Gesuch des Bekl. um Wiedereinsetzung in den vorigen Stand abgelehnt und seine Ber. gem. §§ 519 Abs. 2, 519b ZPO. als unzulässig verworfen. Gegen diesen Beschluß hat der Bekl. sofortige Beschwerde gemäß §§ 519b Abs. 2, 567 Abs. 3 ZPO. erhoben.

Die Beschw. ist begründet. Ob der Antrag, den Rechtsstreit zur Feriensache zu erklären, dem Anwaltszwang i. S. § 78 ZPO. unterliegt, ist nicht näher zu erörtern. Denn dem KG. ist nicht in der Auffassung entgegenzutreten, daß die Verfügung des Vorsitzenden v. 16./18. August 1934, durch welche die Sache zur Feriensache erklärt wurde, auch dann rechtswirksam geworden ist, wenn sie etwa in Ermangelung des erforderlichen Antrages nicht hätte erlassen werden dürfen. Eine von zuständiger Seite einmal erlassene, das Verfahren betreffende Verfügung verliert nicht ohne weiteres ihre Gültigkeit, wenn sich nachträglich herausstellen sollte, daß sie unter einer irrtümlichen Voraussetzung erlassen ist. Im vorl. Falle wäre, da es sich nach der Best. des § 200 Abs. 4 Satz 2 GVG. um eine vorbehaltlich der Entsch. des Gerichts erfolgte Bezeichnung der Sache als Feriensache handelte, das KG. in der Lage gewesen, die Verfügung abzuändern. Da das Gericht von dieser Möglichkeit keinen Gebrauch gemacht hat, bestand die Verfügung zu Recht. Zutreffend aber macht der BeschwF. geltend, daß die formlose Mitteilung der Verfügung nach § 329 Abs. 3 Satz 2 ZPO. deshalb nicht genügte, um die in § 329 Abs. 3 Satz 1 vorgeschriebene Zustellung zu ersetzen, weil die Entsch. eine Frist in Lauf setzte. Eine Frist wurde durch die Verfügung insofern in Lauf gesetzt, als die durch die Gerichtsferien gehemmte Berufungsbegründungsfrist nunmehr während der Gerichtsferien ihren Fortgang nehmen sollte. Die Verfügung hätte demnach, um gegen den Bekl. rechtswirksam zu werden, ihm gemäß §§ 208ff. ZPO. zugestellt werden müssen. Blieb mithin die Berufungsbegründungsfrist weiter durch die Gerichtsferien gehemmt (§ 223 Abs. 1 ZPO.), so hat der Bekl. die Frist nach § 519 Abs. 2 Satz 2 ZPO. gewahrt, da nach der am 4. Juli 1934 eingelegten Ber. die Berufungsbegründung am 4. Okt. 1934 bei dem BG. eingereicht worden ist. Der Beschluß des KG. war daher aufzuheben, ohne daß es eines Eingehens auf die Frage der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gegen den Ablauf der Berufungsbegründungsfrist bedurfte.

(Beschl. v. 7. Febr. 1935; VI B 5/35. — Berlin.) [L.]
<= RGZ. 146, 381.>

Anmerkung: Es besteht ein wesentlicher Unterschied zwischen dem Zeitpunkt des Entstehens und des Wirksamwerdens von richterlichen Entscheidungen. Dieser Unterschied wird besonders praktisch, wo die richterlichen Entsch. nicht verkündet werden, also bei nichtverkündeten Beschlüssen des Gerichts und Verfügungen des Richters. Die vorl. Entsch. behandelt diesen Unterschied bei einer richterlichen Verfügung. Im ersten Teil spricht sich das RG. zu der Frage des rechtlichen Bestandes, im zweiten Teil über die Frage der Rechtswirksamkeit der Verfügung des Gerichtsvorsitzenden aus.

Es ist richtig, wenn das RG. der Mangelhaftigkeit des Verfahrens oder dem Irrtum des entscheidenden Richters keinerlei Einfluß auf den rechtlichen Bestand der Verfügung beimißt. In der Verfügung des Gerichtsvorsitzenden wirkt sich, wie in allen richterlichen Entsch., die Staatshoheit aus. Ein Akt der Staatshoheit kann aber nicht schlechthin nichtig sein, nur deshalb, weil das ihm vorangegangene Verfahren mit Mängeln behaftet war oder der entscheidende Richter sich in einem Irrtum über tatsächliche Voraussetzungen befand. Die Nichtigkeit des Staatshoheitsakts würde der Staatsautorität Abbruch tun. Solange nicht von der Möglichkeit der Abänderung einer Verfügung Gebrauch gemacht ist, die in unbeschränktem Maße in die Hand des betreffenden Richters und wie im vorl. Falle auch des Gerichts gelegt ist, hat die Verfügung rechtlichen Bestand. Die Staatshoheit, die in der richterlichen Verfügung ihren Ausdruck findet, deckt Mängel des Verfahrens und Irrtümer des Richters. Für die Partei besteht das Korrektiv gegenüber dieser autoritären Stellung des Staatshoheitsakts in der Möglichkeit, durch Gegenvorstellungen den Richter auf die Mängel des Verfahrens oder auf seinen tatsächlichen Irrtum hinzuweisen und ihn um Abänderung zu ersuchen. Eines förmlichen Rechtsmittels bedarf es in der Regel nicht, ein solches ist aber unter Umständen in der einfachen Beschwerde nach § 567 BGB. auch noch gegeben.

Von dem rechtlichen Bestande der richterlichen Verfügung ist die Frage ihrer Rechtswirksamkeit scharf zu trennen. Der Partei gegenüber erlangt die richterliche Verfügung erst dann rechtliche Wirksamkeit, wenn sie ihr mitgeteilt wird. Erst von diesem Zeitpunkt an treten die Rechtswirkungen für die Partei ein, die die Verfügung kraft ihres Inhalts oder kraft Gesetzes herbeiführen soll. Früher war die Rechtswirksamkeit nichtverkündeter Verfügungen an die förmliche Zustellung der Verfügung geknüpft. Zur Vermeidung eines allzu großen Formalismus hat man jedoch diese Vorschrift gelockert. Die förmliche Zustellung ist nur noch in besonderen Fällen gesetzlich vorgeschrieben, nämlich dann, wenn die Entsch. der sofortigen Beschwerde oder der befristeten Erinnerung gem. § 577 Abs. 4 ZPO. unterliegt, wenn sie einen Vollstreckungstitel gegen die Partei bildet, eine Terminsbestimmung enthält oder eine Frist in Lauf setzt (§ 329 Abs. 3 ZPO.). In den Fällen, in denen das Wirksamwerden richterlicher Verfügungen an die förmliche Zustellung gebunden ist, äußert die Verfügung keinerlei Rechtswirkungen, wenn die Partei auf andere Weise, etwa durch formlose Mitteilung, Kenntnis von dem Inhalt der Verfügung erhält. Die Partei kann dann wohl dem richterlichen Befehl nachkommen, jedoch können gegen sie irgendwelche nachteiligen Folgerungen aus der Nichtbeachtung des richterlichen Befehls dann nicht hergeleitet werden.

Wenn das RG. auf die Notwendigkeit der förmlichen Zustellung im vorl. Falle so besonderen Nachdruck legt, so bedeutet das keineswegs eine Überspannung oder einen unnötigen Formalismus. Das Verfahrensrecht kann nun einmal ganz bestimmte Formen nicht entbehren. Gerade wo es sich, wie im vorl. Falle, um den Lauf von Fristen handelt, muß der Beginn des Fristenlaufs ganz einwandfrei aus den Akten urkundlich nachgewiesen werden können. Hierzu sind die Urkunden, die über die förmliche Zustellung aufgenommen bzw. erteilt werden, das gegebene Mittel. Bei formloser Mitteilung kann der Fristbeginn nicht durch Urkunden ermittelt, sondern müßte durch Beweismittel anderer Art festgestellt werden. Diese sind aber gegenüber dem Urkundenbeweis nicht sicher genug. Dies ist der maßgebende Grund, weshalb das Gesetz in den angegebenen Fällen von der förmlichen Zustellung nicht abgesehen hat. Es ist dem RG. nur beizustimmen, daß es auf die Notwendigkeit der Einhaltung solcher Formvorschriften, die das Gesetz keineswegs überflüssigerweise aufgestellt hat, großen Nachdruck legt und die Nichtbeachtung durch die Instanzgerichte rügt.

RA. Dr. Roquette, Königsberg i. Pr.

*

****17. Der aus einem Urt. in Anspruch Genommene kann eine Meinungsverschiedenheit über die Tragweite des Urt. durch eine Feststellungsklage zum Gegenstand eines Rechtsstreites machen. Liegt ein Anerkenntnisurteil vor, so ist für seinen Inhalt nur das Klagevorbringen und die Anerkenntniserklärung maßgebend. Innerhalb**

eines Patentverletzungsstreites kann sich die Rechtskraft des Urt. nur auf die beanstandete Verletzungsform beziehen.†)

Die Bekl. ist die Inhaberin einer ausschließlichen Lizenz an dem DRP. 382917 auf eine Selbstanschluß-Fernsprechanlage. Der Anspruch 1 dieses Patents lautet:

Selbstanschluß-Fernsprechanlage, in welcher Wähler sowohl Verbindungen mit Ortsteilnehmerleitungen herstellen als auch aus einer Gruppe von Verbindungsleitungen, die nach Selbstanschlußämtern und nach Handämtern führen, eine freie Leitung heraussuchen können, dadurch gekennzeichnet, daß beim Heraussuchen einer nach einem Selbstanschlußamt führenden Verbindungsleitung Stromspeisebrücken in Wähler abgeschaltet werden und eine ununterbrochene metallische Verbindung hergestellt wird.

Die Bekl. hat die Kl. i. J. 1929 außer wegen Verletzung eines anderen Patents auch wegen Verletzung dieses Schutzrechts auf Unterlassung, Rechnungslegung und Schadensersatz verklagt. Als Verletzungshandlung hat sie in der Klage bezeichnet die Herstellung und den Vertrieb von Fernsprecheranlagen mit einer Schaltungsanordnung. Als verletzend waren im Klagantrag bezeichnet: Selbsttätige oder halbselbsttätige Fernsprechanlagen, in welchen Wähler sowohl Verbindungen mit Ortsteilnehmerleitungen herstellen als auch aus einer Gruppe von Verbindungsleitungen, die nach Selbstanschlußämtern führen, eine freie Leitung heraussuchen können und beim Heraussuchen einer nach einem Selbstanschlußamt führenden Verbindungsleitung Stromspeisebrücken im Wähler abgeschaltet werden und eine ununterbrochene metallische Verbindung hergestellt wird (Anspruch 1 des DRP. 382917).

Die Kl. stellte unter Bezugnahme auf eine am 13. Dez. 1928 hinsichtlich des Patents 382917 ergangene Entsch. der Nichtigkeitsabteilung des RPatA. jede Verletzung des Patents in Abrede.

Auf Grund von Vergleichsverhandlungen, die sich auch auf andere Streitfälle erstreckten, erklärte dann jedoch am 28. Jan. 1930 die Bekl. ihre Ansprüche auf Schadensersatz für erledigt, und die Kl. erkannte die Unterlassungsansprüche an. Auf Antrag erließ das LG. an diesem Tage ein Anerkenntnisurteil, dessen Urteilsformel hinsichtlich des Patents 382917 dem Klageantrage wörtlich entsprach.

Im Okt. 1932 hat die Bekl. beantragt, die Kl. wegen Verstoßes gegen das Unterlassungsgebot des Anerkenntnisurteils, soweit es das DRP. 382917 betrifft, in eine Geldstrafe zu nehmen. Als gegen das Unterlassungsgebot verstoßend bezeichnet sie die Schaltungsanordnung CAS 014/38. Mit Beschl. v. 31. Okt. 1933 setzte das LG. eine Strafe von 1000 *RM* fest. Die dagegen gerichtete Beschw. wurde am 14. März 1934 zurückgewiesen.

Die Kl. hat im Dez. 1932 die Klage, um die es sich vorliegend handelt, erhoben. Sie vertritt darin die Auffassung, daß die Schaltungsanordnung CAS 014/38 nicht in den Schutzbereich des Patents 382917 und nicht unter die Urteilsformel des Anerkenntnisurteils falle. Sie hat daher beantragt:

festzustellen, daß die Schaltung gem. der Zeichnung CAS 014/38 das DRP. 382917 nicht verletzt;

hilfsweise:

festzustellen, daß sich das Anerkenntnisurteil v. 28. Jan. 1930 nicht auf eine Schaltung gemäß der Zeichnung CAS 014/38 beziehe.

Die Bekl. hat Klagabweisung und ferner widerklagend beantragt:

1. festzustellen, daß die Widerbeklagte verpflichtet ist, der Widerklägerin allen Schaden zu ersetzen, der dadurch verursacht ist, daß sie nach dem 28. Jan. 1930, gerechnet vom Zeitpunkt drei Jahre vor Erhebung der Widerklage, selbsttätige oder halbselbsttätige Fernsprechanlagen gewerbsmäßig hergestellt, feilgehalten, in Verkehr gebracht oder gebraucht hat, in welchen Wähler sowohl Verbindungen mit Ortsteilnehmerleitungen herstellen als auch aus einer Gruppe von Verbindungsleitungen, die nach Selbstanschlußämtern führen, eine freie Leitung heraussuchen können und beim Heraussuchen einer nach einem Selbstanschlußamt führenden Verbindungsleitung Stromspeisebrücken im Wähler abgeschaltet werden und eine ununterbrochene metallische Verbindung hergestellt wird.

2. Rechnung zu legen unter Angabe der Zahl der Teilnehmeranschlüsse, der Zeiten und der Preise.

Die Instanzgerichte haben der Klage entsprochen, RG. hat aufgehoben.

(Es folgen technische Ausführungen.)

Der Zulässigkeit des Hilfsfeststellungsantrages können vorliegendenfalls Bedenken nicht entgegenstehen.

Bereits in der Entsch. RGZ. 48, 371 ist ausgesprochen, daß der aus einem Urt. als Schuldner in Anspruch Genommene bei einem Streit über die Tragweite des Urt. durch Klage eine Feststellung des Gegenstandes der Verurteilung herbeizuführen berechtigt sei. Die Entsch. RGZ. 82, 161 (164) schließt sich dem im allgemeinen an (vgl. auch noch JW. 1889, 306 [11]; 1900, 131 [6] = GruchBeitr. 44, 1193; RGUrt. vom 13. Dez. 1930, I 143/30: Mitt. 31, 75), führt aber noch als weitere Voraussetzung auf, es dürfe der Streit nicht durch Auslegung des Urt. seitens der Vollstreckungsorgane zu beheben sein. Es kann dahingestellt bleiben, welche Bedeutung dieser Einschränkung in anderen Fällen beizulegen ist. In einem Falle wie dem vorliegenden, in welchem der Frage, ob die nunmehr angegriffene Schaltungsanlage der Urteilsschuldnerin unter das Urt. falle, Bedenken entgegengesetzt werden können, die sich nicht ohne weiteres als unerheblich abtun lassen, und in welchem die Urteilsschuldnerin die negative Feststellungsklage zeitlich ungefähr gleichzeitig mit dem Antrage auf Zurückweisung des Antrages auf Straffestsetzung wegen Zuwiderhandlung gegen das Urt. erhoben hat, kann jedenfalls der Zulässigkeit der Feststellungsklage nicht entgegengehalten werden, es sei ja die Feststellung der Tragweite des Urt. in dem anhängigen Verfahren auf Straffestsetzung zu erwarten. Durch die Aussicht auf solche Entsch. kann das aus § 256 ZPO. zu entnehmende Recht der Urteilsschuldnerin nicht beseitigt werden, den Streit darüber, ob das Verbotsurteil sich auch auf die nunmehr angegriffene Anlage erstrecke, im Wege des ordentlichen Streitverfahrens mit den diesem innewohnenden Rechtsgarantien entschieden zu sehen. Soweit aus der Entsch. RGZ. 82, 161 Weitergehendes zu entnehmen sein sollte, kann sie nicht aufrechterhalten werden. Das BG. hat sich über diesen Punkt im einzelnen nicht ausgelassen, vertritt aber ersichtlich eine entsprechende Auffassung.

Besteht Streit über die Tragweite einer Urteilsformel und gibt diese ihrer Fassung nach zu Zweifeln Anlaß, so muß ihr wahrer Sinn durch Auslegung festgestellt werden (so z. B. in einem patentrechtlichen Fall: MuW. 11, 53). Im Falle eines Anerkenntnisurteils, in welchem Entscheidungsgründe zur Auslegung der Urteilsformel nicht herangezogen werden können, ist zu beachten, daß das Gericht in dem Urt. nur zum Ausdruck gebracht hat, was die Parteien übereinstimmend gewollt und erklärt haben. Maßgebend für den Inhalt des Urt. ist daher nur das Klagevorbringen und die Anerkenntniserklärung. Zum Inhalt des Klagevorbringens gehören selbstverständlich die ihr angeschlossenen Anlagen. Mit Recht hat daher das BG. auch die der früheren Klage beigefügte Schaltungsskizze Anl. 4 der damaligen Verletzungsform zur Beurteilung der Tragweite des Anerkenntnisurteils mitherangezogen. Der Inhalt der Patentschrift kann dagegen nur insoweit herangezogen werden, als er erforderlich ist, um den Sinn der Klageanträge festzustellen. Auf den aus ihr etwa zu entnehmenden Schutzumfang des Patents im allgemeinen kommt es jedoch nicht an. Vergleichsverhandlungen, die zu dem Anerkenntnis Veranlassung gegeben haben, können nicht zu einer Bemessung der Tragweite des Urt. über die bezeichneten Grenzen hinaus Veranlassung geben. Es ist daran fest-

zuhalten, daß die Parteien auch im Verhältnis zueinander dem Richterspruch als solchem nicht andere Tragweite zu verleihen vermögen, als er nach dem Streitstoff durch den Richter selbst erhalten konnte (vgl. dazu RGZ. 46, 338). Im vorl. Falle also kann nicht als Urteilsinhalt angesehen werden, was die Parteien etwa in den Vergleichsverhandlungen über das Vorbringen im Rechtsstreit hinaus als von einem zu erlassenden Anerkenntnisurteil erfaßt besprochen haben sollten. Den weitergehenden Erwägungen des BG. kann nicht beigetreten werden. Aus dem Gesagten ergibt sich ferner, daß es für die Tragweite des Anerkenntnisurteils auch ohne Bedeutung ist, welchen Schutzumfang die jetzige Kl. und damalige Bekl. im Vorprozeß dem Patent zugestehen wollte. Für den Umfang ihres Anerkenntnisses ist allein maßgebend, welcher Inhalt dem Klageantrag, verstanden im Sinne des Klagevorbringens, beizulegen war.

Im vorl. Fall weist nun der Klageantrag, dem sich die Urteilsformel anschließt, eine zweifelsfreie Bezugnahme auf die der Klage zugrunde gelegte Verletzungsform dadurch auf, daß der im allgemeinen sich der Fassung des Patentanspruchs anschließenden Kennzeichnung des Unterlassungsbegehrens an den einschlägigen Stellen Bezugszeichen hinzugefügt sind, die sich in einer mit der Klage eingereichten zeichnerischen Wiedergabe der beanstandeten Schaltungsanordnung finden, und daß außerdem ausdrücklich auf diese Abbildung hingewiesen ist. Die Fassung des Klageantrags und damit auch die des Urt. befindet sich damit in Einklang mit der ständigen reichsgerichtlichen Rspr., welche fordert, daß die Verurteilung sich an die beanstandete Verletzungsform anzuschließen habe, und welche weiter annimmt, daß eine Fassung der Urteilsformel, welche keine Beziehung zu dieser Verletzungsform hat, bei gewöhnlichen Verletzungsklagen, bei denen die mangelnde Befugnis zur Benutzung des Patents nicht streitig sei, sinnlos und nicht geeignet sei, eine Sachentscheidung herbeizuführen (vgl. aus der umfangreichen Rspr. des RG. z. B. MuW. 26, 390 [391]; RGUrt. v. 25. April 1934, I 267/33 = JW. 1934, 1909; MuW. 1934, 295).

Nur auf die beanstandete Verletzungsform kann sich daher auch die Rechtskraft des angef. Urt. erstrecken (MuW. 11, 53). Die reichsgerichtliche Entsch. RGZ. 125, 287 = JW. 1930, 148 steht dieser Auffassung nicht entgegen, da sie einen anderen Sachverhalt, nämlich ein rechtskräftiges Feststellungsurteil, zur Grundlage hat. Danach kann dem Umstande, daß das auf Leitungswähler hinweisende Bezugszeichen F^3 des Patentanspruchs in dem Klageantrag der Urteilsformel fortgelassen ist, entscheidende Bedeutung nicht dahin beigelegt werden, daß das Urt. in dem Sinne einer Erweiterung seiner Tragweite auch über Wähler der in der Verletzungsform vorliegenden Art hinaus ausgelegt werden dürfte. Die Weglassung des Bezugszeichens erklärt sich bereits daraus, daß es bei der Verletzungsform nicht Leitungswähler sind, welche die freie Verbindungsleitung zu einem Selbstanschlußamt heraussuchen, sondern Gruppenwähler. Der abweichenden Auffassung des BG., daß die Bezugnahme auf die im Klagevorbringen beanstandete Verletzungsform lediglich die Bedeutung einer beispielsweisen Anführung besitze, das Anerkenntnisurteil darüber hinaus aber alle Schaltanordnungen erfasse, welche unter den allgemeineren Wortlaut der Urteilsformel gebracht werden könnten, kann nicht gefolgt werden.

Aus der Beschränkung der Rechtskraft auf die Verletzungsform darf allerdings nicht gefolgert werden, daß der Verletzer durch jede Änderung der Verletzungsform sich der Rechtskraftwirkung des Verbotsurteils zu entziehen vermöchte. Es müssen vielmehr bei der Würdigung der Tragweite eines Unterlassungsgebots auch folgende Gesichtspunkte berücksichtigt werden.

Die Patentverletzung kann in der Nachahmung gewisser Merkmale liegen, die nur einen Teil der Gesamterscheinung der Verletzungsform ausmachen. Wird die Verletzungsform nur in einer Weise geändert, die diesen Kern unberührt läßt, so erstreckt sich die Rechtskraftwirkung des Unterlassungsurteils auch auf diese veränderte Gestaltung. Die reichsgerichtliche Entsch. MuW. 11, 53 spricht weiter aus, es seien dem ergangenen Urt. alle Veränderungen der Verletzungsform zu unterstellen, hinsichtlich welcher kein Zweifel bestehen könne, daß das Gericht die veränderte Verletzungsform ebenso beurteilt hätte wie die ihm vorgelegte. Mittelbar wird sich dabei möglichenfalls ein Zurückgehen auf den — im vorl. Fall noch nicht gewürdigten — Schutzumfang des Patents nicht vermeiden lassen. Entsprechend ist im vorl. Fall, in welchem es sich um ein nicht mit Entscheidungsgründen versehenes Anerkenntnisurteil handelt, jede veränderte Gestaltung als von der Urteilswirkung ergriffen zu betrachten, welche zweifelsfrei als von der nach vorstehenden Grundsätzen ausgelegten Urteilsformel erfaßt angesehen werden kann.

(U. v. 2. Febr. 1935; I 120/34. — Berlin.) [K.]

Anmerkung: Bereits die Entsch. RGZ. 25, 362 erörtert den „Einwand des zweifelhaften Urteilsinhaltes", welcher überhaupt erst während der Vollstreckung erwachsen könne und mit dem geltend gemacht werde, daß der Titel nicht auf diejenige Leistung gerichtet sei, deren Erzwingung durch die Vollstreckung beantragt werde. Richtiger Ansicht nach wird allerdings das Feststellungsinteresse des § 256 ZPO. nicht auf den Fall begonnener oder drohender Vollstreckung beschränkt werden müssen, sondern in allen Fällen gegeben sein, in denen ein Urteil zweifelhaften oder mehrdeutigen Inhaltes nicht rein geschichtliches Interesse hat, sondern in irgendeiner Weise auf Rechte und Rechtsbeziehungen der Parteien noch Einfluß nehmen kann.

Eine Konkurrenz zwischen dieser Urteilsfeststellungsklage und der Klage aus § 767 ZPO. kann streng genommen nie vorliegen. Die Klage aus § 767 ZPO. soll die Vollstreckungsgefahr eines materiell erledigten Titels beseitigen. Die Feststellungsklage soll klären, welchen sachlichen Umfang der Titel hat. Die in RGZ. 82, 161 geforderte Voraussetzung für eine Klage aus § 256 ZPO., daß der Streit nicht durch Auslegung des Urteils seitens der Vollstreckungsorgane zu beheben sei, entbehrt systematisch und praktisch der Begründung. Insoweit daher die vorl. Entsch. dieses Erfordernis beizubehalten scheint, in dem sie es lediglich dahinstellt, welche Bedeutung dieser Einschränkung in anderen Fällen beizulegen sei, kann ihr m. E. nicht beigetreten werden. Keineswegs erscheinen die Gründe, mit denen die Entsch. in dem vorl. Fall die Zulässigkeit der Feststellungsklage trotz des prinzipiellen Vorranges der ordentlichen Rechtsbehelfe des Vollstreckungsverfahrens stützen will, überzeugend. Ob die Bedenken der Schuldnerin gegen den von der Gläubigerin in Anspruch genommenen Urteilsinhalt ohne weiteres erheblich oder unerheblich erscheinen, oder ob die Feststellungsklage zeitlich mehr oder weniger gleichzeitig mit dem Antrage auf Zurückweisung der begehrten Straffestsetzung erhoben worden ist, kann rechtssystematisch weder für die beregte Konkurrenzfrage selbst noch für ihre Lösung irgendwie von entscheidender Bedeutung sein. Soweit in RGZ. 82, 161 der Feststellungsklage engere Grenzen gezogen sein sollten, was aber zumindest aus dem veröffentlichten Text dieser Entsch. nicht erkennbar ist, will die vorl. Entsch. solche Beschränkungen mit Recht nicht mehr aufrechterhalten.

Der sachliche Umfang einer urteilsmäßigen Entsch. oder Feststellung setzt sich zusammen aus dem Streitstoff, den die Parteien zur Entsch. gestellt haben und über den in der Urteilsformel entschieden worden ist (RGZ. 110, 148 = JW. 1925, 1373). Hierbei ist maßgebend der erkennbar zum Ausdruck gelangte Wille des Gerichtes, nicht seine innere Absicht (JW. 1911, 285 [20]). Die in den Entscheidungsgründen enthaltenen tatsächlichen und rechtlichen Feststellungen nehmen an der Rechtskraft zwar nicht teil (RGZ. 93, 156 = JW. 1918, 614), jedoch ist eine Heranziehung der Urteilsgründe zur Erläuterung der Urteilsformel zulässig und in vielen Fällen geboten. Insbes. trifft dies zu bei der Abweisung einer negativen Feststellungsklage zur Klarstellung der rechtlichen Natur des erhobenen Anspruchs (RGZ. 97, 121 = JW. 1920, 287 [10]; 79, 232 = JW. 1912, 755; JW. 1911, 657 [33]; OLG. 26, 4). Besonders häufig wird ein Bedürfnis zur Auslegung und näheren Begrenzung einer den Klageanspruch dem Grunde nach für gerechtfertigt erklärenden Urteilsformel bestehen (JW. 1919, 249 [19]). Maßgebend bleibt bei Widersprüchen und in Zweifelsfällen jedoch die Urteilsformel, die äußerlich die Entsch. kennzeichnet und begrenzt (RGZ. 93, 156 = JW. 1918, 614).

Die Klage auf Feststellung eines zweifelhaften Urteilsinhaltes hat an sich mit den verschiedenen Theorien über die Rechtskraft nichts zu tun. Sie soll lediglich Zweifel über den sachlichen Umfang des Urteils beheben, die sich aus dem Urteil selbst ergeben. Ich kann daher Stein-Jonas (15. Aufl., Vorbem. II 2, 3 vor § 704 ZPO.) darin nicht beistimmen, daß in jedem Fall Gegenstand unserer Klage die Feststellung des materiellen Rechtsverhältnisses sei, nicht aber die des Inhaltes des ersten Urteils, da dieses kein Rechtsverhältnis darstelle (gegen RGZ. 82, 161). Nicht ob der Anspruch, der durch die erste Entsch. festgestellt wurde, diesen oder jenen Inhalt hat, steht in dem

Feststellungsverfahren zur Entsch., sondern der Inhalt und Umfang des ersten Urteils selbst. Diese Unterscheidung ist für die Zulässigkeit und den Umfang der Urteilsfeststellungsklage im Rahmen des § 256 ZPO. von prinzipieller Bedeutung.

Bei einem in der abgekürzten Form des § 313 Abs. 3 ZPO. abgesetzten Anerkenntnisurteil können Zweifel über den Urteilsinhalt naturgemäß leichter entstehen als bei einem mit Tatbestand und Gründen ausgestatteten Erkenntnis. Die obige Entsch. erklärt hier nur das Klagevorbringen und die Anerkenntniserklärung als maßgeblich für die Bestimmung des Urteilsinhaltes. Das entspricht auch durchaus der Fassung des § 307 ZPO. Da also nicht etwa ein Antrag (§ 297 Abs. 1 ZPO.), sondern der materielle Anspruch anerkannt wird, so muß zur Bestimmung des letzteren auf das gesamte Klagevorbringen zurückgegriffen werden. Es zeigt sich hier, daß bei nicht einfachen, in einem aus sich heraus verständlichen Antrage formulierten Klageansprüchen es vorzuziehen wäre, von der abgekürzten Form der Urteilsfassung gem. § 313 Abs. 3 Satz 5 ZPO. abzusehen und den Tenor des Urteils selbständig zu formulieren.

Der zu berücksichtigende Inhalt des Klagevorbringens erstreckt sich auch auf die Anlagen zur Klageschrift, die mit ihr als einheitliches Ganzes (§ 133 Abs. 1 ZPO.) das Klagebegehren bestimmen. Weitere Unterlagen außerhalb dieser Umgrenzung können dagegen zur Bestimmung des Urteilsinhaltes nicht herangezogen werden. Das würde der durch § 253 Abs. 1 Ziff. 2 ZPO. geforderten Bestimmtheit des Klageanspruchs, der wiederum den Umfang der Rechtshängigkeit abgrenzt, widersprechen. Die obige Entsch. läßt daher eine Heranziehung auch des Inhaltes der Patentschrift mit Recht nur insoweit zu, als es erforderlich ist, um den (technischen) Sinn der Klageanträge festzustellen. Zur Bestimmung des Umfanges der erhobenen Ansprüche kann die Patentschrift jedoch nicht herangezogen werden.

Ebenso muß der Entsch. darin beigetreten werden, daß auch Vergleichsverhandlungen, die dem Anerkenntnis vorangegangen sind, ebensowenig die Tragweite des Urteils mit bestimmen können, wie überhaupt irgendwelche Vorstellungen, welche sich die Parteien über den Umfang des Anerkenntnisses gemacht haben. Diese mögen im allgemeinen für die Rechtsbeziehungen zwischen den Parteien von Bedeutung sein können, ein gem. § 307 ZPO. erlassenes Anerkenntnisurteil fixiert das Anerkenntnis jedoch immer nur im Rahmen der Rechtshängigkeit des erhobenen Anspruchs (§§ 253, 263 ZPO.).

Handelt es sich, wie vorliegend, um einen Streit, bei dem nicht die mangelnde Befugnis zur Benutzung eines Patents, sondern die Tatsache einer bestimmten Verletzung streitig ist, erfordert die ständige Rspr. des RG., daß die Urteilsformel sich an die beanstandete Verletzungsform anschließt. Eine beziehungslose Urteilsformel wird mit Recht als sinnlos bezeichnet. Daraus folgt, daß sich auch die Rechtskraft einer derartigen Entsch. nur auf die beanstandete Verletzungsform erstrecken kann. Die abweichende Ansicht des BG., daß die Bezugnahme auf die in dem Klagevorbringen beanstandete Verletzungsform lediglich beispielsweise Bedeutung habe, würde die notwendigen Grenzen der Begriffe Rechtshängigkeit und Rechtskraft zu sehr verflüchtigen. Erfreulicherweise bringt die Entsch. hierbei jedoch zum Ausdruck, daß mit dieser Begrenzung formalen Umgehungsversuchen nicht die Tür geöffnet werde. Es kommt bei der Erfassung und Bestimmung derjenigen Verletzungsform, welche der Rechtskraft des Urteils unterliegt, weniger auf Einzelmerkmale als auf die Gesamterscheinung und den Kern der Verletzungsform an (vgl. über den Umfang des Patentschutzes die Entsch. RG.: JW. 1935, 1015 [6] [Sojabohne]).

AGR. Dr. Kallfelz, Cottbus.

*

17a. § 233 ZPO. **Fehler eines gehörig instruierten Sozius des Prozeßbevollmächtigten stehen der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand nicht im Wege.**

Durch Beschluß des KG. ist die Berufung des Bekl. gegen das Urt. des LG. in Berlin v. 13. Nov. 1934 als unzulässig verworfen worden, weil die Berufung nicht hinreichend begründet worden ist. Durch einen weiteren Beschluß v. 28. Jan. 1935 ist die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gegen die Versäumung der Begründungsfrist zurückgewiesen worden. Hiergegen richtet sich die in rechter Form und Frist eingelegte sofortige Beschwerde.

Der Wiedereinsetzungsantrag war damit begründet worden, der Prozeßbevollmächtigte RA. Sch. habe v. 5. Dez. bis 24. Dez. 1934 im Krankenhaus gelegen, habe aber vor seinem Fortgehen sein Büropersonal und seinen Sozius RA. Dr. H. noch besonders auf die laufenden Berufungsfristen hingewiesen. Trotzdem sei die Begründungsfrist nicht beachtet worden, weil Dr. H. die neuen Erfordernisse einer Berufungsbegründung nicht richtig erkannt und daher nichts veranlaßt habe. Deshalb sei die Sache auch RA. Sch. nach seiner Rückkehr aus dem Krankenhaus nicht mehr vorgelegt worden.

Seinem erprobten Sozius gegenüber durfte sich RA. Sch. mit dem kurzen Hinweis begnügen. Die entscheidende Unterlassung fällt Dr. H. zur Last. Für sein Verschulden würde die Partei nur verantwortlich sein, wenn er ihr Vertreter gewesen wäre. Zur Begründung der Berufung wäre er als beim BG. nicht zugelassener Anwalt nicht befähigt gewesen, er hätte also die Sache Dr. Sch., notfalls einem anderen Anwalt vorlegen müssen. Danach muß die Anweisung des Dr. Sch. dahin aufgefaßt werden, daß Dr. H. nur in verstärktem Maße neben dem Büropersonal auf die Einhaltung der Fristen als Hilfsperson Dr. Sch. achten, aber nicht als Bevollmächtigter der Partei tätig werden sollte. Für Fehler solcher Hilfspersonen aber hat die Partei nicht einzustehen. Da im übrigen hinreichend glaubhaft erscheint, daß Dr. Sch. alles getan hat, um die Einhaltung der Frist sicherzustellen, war dem Wiedereinsetzungsantrage stattzugeben.

(Beschl. v. 28. Febr. 1935; IV B 18/35. — Berlin.)

[K.]

*

****17b.** § 519 Abs. 3 Nr. 2 ZPO. **Dem Erfordernis des § 519 Abs. 3 Nr. 2 ZPO. ist nur dann Genüge geleistet, wenn die Berufungsbegründung eine besondere Einstellung auf das angefochtene Urteil, eine Auseinandersetzung mit ihm durch Anführung der angegriffenen Punkte des Urteils und der Gründe, aus denen man die Auffassung des BG. für unrichtig hält, enthält. Wird nur auf das erstinstanzliche Vorbringen und ein miteingereichtes Gutachten verwiesen, so mangelt es an der Form des § 519 ZPO., weil ein Rechtsgutachten als systematisch und wissenschaftlich aufgebaute Stellungnahme zu dem den Gegenstand des Rechtsstreits bildenden Rechtsfall nicht auf das angefochtene Urteil speziell zugeschnitten ist.**

Das OLG. hat die Berufung des Kl. als unzulässig verworfen, weil es in dem Schriftsatz v. 20. Juni 1934 keine den Erfordernissen des § 519 Abs. 3 Nr. 2 ZPO. entsprechende Berufungsbegründung erblickt hat. Die hiergegen erhobene sofortige Beschwerde ist unbegründet.

Die Berufungsschrift des Kl. enthält neben der Berufungseinlegung und der Erklärung, daß das Urteil des LG. in vollem Umfange angefochten werde, nur den Berufungsantrag. Innerhalb der Berufungsbegründungsfrist reichte der Anwalt des Kl. außerdem noch einen weiteren Schriftsatz v. 20. Juni 1934 folgenden Inhalts ein:

„In Sachen . . . wird zur **Begründung der Berufung** zunächst auf das gesamte Vorbringen des Kl. in erster Instanz und im übrigen auf das angeschlossene Gutachten von Prof. Dr. H. in T. Bezug genommen, welches hiermit ausdrücklich zum Gegenstand der Berufungsbegründung gemacht wird.

Der Kl. macht sich die Ausführungen des Gutachtens in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht zu eigen, jedoch mit der Maßgabe, daß auch um Nachprüfung des erstinstanzlichen klägerischen Vorbringens rechtlicher Art, soweit dieses den Ergebnissen des Gutachtens nicht entspricht (vgl. S. 22, 23, 66 f. des Gutachtens) gebeten wird.

Für den Kl. ist hierbei insbes. maßgebend:

1. Wenn auch das Gutachten eine Verletzung des § 195 Abs. 3 HGB. verneint, so führt es doch aus, daß die entgegengesetzte, der Klagebegründung zugrunde liegende Meinung im Schrifttum stark vertreten und als herrschend zu verzeichnen ist.

2. Wie das Gutachten auf S. 3 mit Recht betont, ist die

Best. des § 192 Abs. 2 HGB. unter dem Gesichtspunkt der Interessenkollision auszulegen. Demgemäß hat auch bereits die Rspr. diese Gesetzesbestimmung über ihren Wortlaut hinaus auf die Fälle angewandt, in denen das Vorstandsmitglied der gegründeten AktG. nicht in eigener Person Gründer ist, sondern lediglich in seiner Eigenschaft als gesetzlicher Vertreter einer anderen Gesellschaft. Der Kl. ist der Auffassung, daß eine derartige Interessenkollision genau so eintreten kann, wenn das Vorstandsmitglied der gegründeten AktG. lediglich als Bevollmächtigter eines anderen handelt; gerade der vorliegend der Entsch. zugrunde zu legende Tatbestand ergibt, daß eine derartige Interessenkollision bestand.

3. Das Gutachten lehnt eine Ersatzpflicht der Bekl. bzgl. sog. Verwaltungsschäden ab, bezweifelt aber ausdrücklich, ob dieser Standpunkt der Rspr. des RG. entspricht."

Dem Schriftsatz war ein neunzig Schreibmaschinenseiten umfassendes Rechtsgutachten des UnivProf. Dr. H. beigefügt.

Es kann ganz davon abgesehen werden, ob die in dem Schriftsatz des Kl. v. 20. Juni 1934 enthaltene Bezugnahme auf das beigefügte Rechtsgutachten überhaupt geeignet sein würde, eine von dem Berufungsanwalt in eigener Verantwortlichkeit unterzeichnete Berufungsbegründung zu ersetzen, oder ob nicht vielmehr auch diese Art der Bezugnahme in Übereinstimmung mit dem BG. der gleichen Beurteilung unterliegen muß, wie sie in der Rspr. mehrfach in Fällen zum Ausdruck gebracht ist, in denen zur Begründung der Berufung auf beigefügte oder in den Akten befindliche Armenrechtsgesuche Bezug genommen war (vgl. RG., Beschl. vom 27. Sept. 1934, IV B 46/34: JW. 1934, 2975[10]; Beschl. v. 2. Okt. 1934, II B 15/34: JW. 1934, 3199[12]; Urt. vom 4. Okt. 1934, IV 137/34 [RG. 145, 266]; Urt. v. 5. Nov. 1934, IV 205/34: JW. 1935, 121[12] [RG. 145, 269]).

Auch wenn man von diesem Bedenken absieht, kann der Inhalt des Schriftsatzes v. 20. Juni 1934 in Verbindung mit dem Inhalte des Rechtsgutachtens nicht als eine den Erfordernissen des § 519 Abs. 3 Nr. 2 entsprechende Berufungsbegründung angesehen werden. Die Gesetzesbestimmung erfordert die bestimmte Bezeichnung der im einzelnen anzuführenden Gründe der Anfechtung. Sie verlangt damit, wie bereits mehrfach in der Rspr. zum Ausdruck gebracht ist (vgl. RG., Beschl. v. 27. April 1934, VII B 6/34; Beschl. vom 5. Juni 1934, VII B 10/34; Beschl. v. 4. Juli 1934, V B 15/34: WarnRspr. 1934 Nr. 84, 112, 145, RArbG., Beschl. v. 7. Dez. 1934, RAG B 67/34) eine besondere Einstellung auf das angefochtene Urteil, eine Auseinandersetzung mit ihm durch Anführung derjenigen Punkte, in denen der BerKl. das angefochtene Urteil angreifen will, und durch Angabe der Gründe, aus denen er die Auffassung des BG. für unrichtig hält. Der Anwalt des BerKl. soll dadurch zu einer straffen Zusammenfassung des Vorbringens innerhalb der Begründungsfrist angehalten, und es soll auf diese Weise im Interesse der Beschleunigung des Verfahrens nicht nur der BerR., sondern auch der BerBekl. in die Lage versetzt werden, sich möglichst bald schnell und sicher darüber zu unterrichten, welche Gründe im einzelnen gegen die im angefochtenen Urteil enthaltene tatsächliche und rechtliche Würdigung des Streitstoffes geltend gemacht werden. Daß unter diesem Gesichtspunkt betrachtet der Schriftsatz des Kl. v. 20. Juni 1934 auch bei Einschluß des Rechtsgutachtens weder dem Wortlaute der Gesetzesbestimmung noch ihrem Sinne entspricht, kann einem ernstlichen Zweifel nicht unterliegen. Das Rechtsgutachten enthält eine groß angelegte systematisch und wissenschaftlich aufgebaute Stellungnahme zu dem den Gegenstand des Rechtsstreits bildenden Rechtsfall; es erwähnt zwar in einzelnen Punkten das angef. Urteil, ist aber nicht, wie Sinn und Zweck der Berufungsbegründung es erfordern, eigens auf das angef. Urteil zugeschnitten, indem es diejenigen Punkte klar heraushebt und behandelt, in denen das angef. Urteil angegriffen werden soll. Es ist nach seinem ganzen Inhalte sichtlich auch nicht der Zweck des Rechtsgutachtens gewesen, eine den Erfordernissen des § 519 Abs. 2 Nr. 2 ZPO. entsprechende Berufungsbegründung zu ersetzen, vielmehr bedurfte es, um dieser Best. gerecht zu werden, neben dem Rechtsgutachten noch einer eigenen Stellungnahme des Anwalts des BerKl., ob und inwieweit er die wissenschaftlichen Ergebnisse des Rechtsgutachtens zu Angriffen gegen das angef. Urteil verwerten wollte. Diesem Mangel der eigenen, auf die besonderen Angriffspunkte des angef. Urteils eingehenden Stellungnahme ist aber auch nicht etwa dadurch abgeholfen worden, daß der Anwalt des BerKl. der Bezugnahme auf das Rechtsgutachten noch einige selbständige Bemerkungen hinzugefügt hat. Sie lassen weder durch ihren Wortlaut noch durch ihren Inhalt erkennen, daß sie zu dem angef. Urteil in Beziehung stehen und dazu bestimmt sind, die Gründe anzugeben, aus denen das Urteil der Vorinstanz angegriffen werden sollte. Die Bemerkung 1 befaßt sich mit der Stellungnahme des Rechtsgutachtens zu dem von dem Kl. mit der Klage geltend gemachten rechtlichen Gesichtspunkt, daß § 195 Abs. 3 HGB. verletzt worden sei; sie hebt hervor, daß das Rechtsgutachten eine Verletzung des § 195 Abs. 3 HGB. zwar verneine, aber doch ausführe, daß die entgegengesetzte, der Klagebegründung zugrunde liegende Meinung im Schrifttum stark vertreten und als herrschend zu verzeichnen sei. Ein Eingehen auf den tragenden Gesichtspunkt des angef. Urteils, daß bei der Zweifelhaftigkeit der Rechtsfrage von einem Verschulden des Registerbeamten nicht die Rede sein könne, wenn er die Stellvertretung des Gründers M. durch den Vorstand Sch. nicht beanstandet habe, enthält die Bemerkung überhaupt nicht. Das gleiche gilt von der Bemerkung 2. Auch diese beschäftigt sich lediglich mit einer Darlegung des Rechtsgutachtens, daß die Best. des § 192 Abs. 2 HGB. unter dem Gesichtspunkt der Interessenkollision auszulegen sei. Sie läßt aber jedes Eingehen auf das angef. Urteil vermissen, dessen tragender Gesichtspunkt auch hier wiederum der ist, es könne dem Registerbeamten bei der Zweifelhaftigkeit der Anwendbarkeit des § 192 Abs. 2 HGB. auf den vorl. Fall jedenfalls kein Vorwurf daraus gemacht werden, daß er sich an den Wortlaut des § 192 Abs. 2 HGB. gehalten, eine ausdehnende Auslegung der Vorschrift unterlassen und demgemäß davon abgesehen habe, eine Prüfung durch besondere Revisoren zu fordern. Die Bemerkung 3 endlich knüpft wiederum nur an das Rechtsgutachten an, indem sie lediglich ausführt, dieses lehne eine Ersatzpflicht bzgl. der sog. Verwaltungsschäden ab, bezweifele aber ausdrücklich, ob dieser Standpunkt der Rspr. des RG. entspreche. Eine Beziehung zu dem angef. Urteile ist nicht ersichtlich; die Bemerkung läßt ohne eingehendes Studium des den Rechtsfall als solchen nach allen Richtungen wissenschaftlich erörternden und damit den Zwecken der Berufungsbegründung nicht unmittelbar dienenden Rechtsgutachtens nicht einmal erkennen, gegen welchen Teil des angef. Urteils sie sich überhaupt richtet. Es ergibt sich aus alledem, daß der Schriftsatz v. 20. Juni 1934, auch soweit er selbständige Ausführungen des Anwalts des BerKl. enthält, in keiner Weise dem entspricht, was die Best. des § 519 Abs. 3 Nr. 2 ZPO. von einer Berufungsbegründung mit klaren unzweideutigen Worten verlangt, eine bestimmte Bezeichnung der im einzelnen anzuführenden Gründe der Anfechtung. Es handelt sich hierbei nicht, wie die sofortige Beschw. geltend macht, um eine formalistische Auslegung des Gesetzes, sondern um die einfache Anwendung der klaren Gesetzesbestimmung, die eine Stellungnahme des Prozeßbevollmächtigten des BerKl. zum angef. Urteile durch Angabe der einzelnen bestimmt zu bezeichnenden Anfechtungsgründe innerhalb der Berufungsbegründungsfrist zwingend erfordert.

Daß das BG. nach Ablauf der Begründungsfrist nicht ohne weiteres die Berufung als unzulässig verworfen hat, ist für die Beurteilung der Zulässigkeit der Berufung ohne Bedeutung. Das BG. war, auch wenn es zunächst den Mangel einer der Vorschrift des § 519 Abs. 3 Nr. 2 ZPO. entsprechenden Begründung unbeachtet gelassen hatte, verpflichtet, in jedem Stadium des Verfahrens die Zulässigkeit der Berufung auch unter diesem Gesichtspunkte zu prüfen.

(Beschl. v. 15. Jan. 1935; III B 2/35. — Stuttgart.)
[v. B.]

<= RGZ. 146, 250.>

Oberlandesgerichte: Zivilsachen

Berlin

18. § 46 PrGKG.; §§ 1, 8, 14 UmwandlG. v. 5. Juli 1934 (RGBl. I, 569). Der Gegenstandswert eines Gesellschafterbeschlusses über die Umwandlung einer Kapitalgesellschaft bestimmt sich nach dem Wert des Gesellschaftsvermögens ohne Abzug der Schulden. †)

Der Notar Dr. C. hat am 14. Dezember 1934 in der Gesellschafterversammlung einer Grundstücksgesellschaft mbH. das Protokoll geführt. Der Kaufmann M. hat als alleiniger Gesellschafter und Besitzer aller Geschäftsanteile im Betrage von 20 000 *RM* folgenden Gesellschafterbeschluß gefaßt:

„Gem. §§ 1, 8, 14 des Ges. v. 5. Juli 1934 wird die Gesellschaft derart umgewandelt, daß ihr Vermögen unter Ausschluß der Liquidation auf mich als den alleinigen Gesellschafter übertragen wird."

Nach Inhalt des Protokolls ist der Umwandlung die auf den 31. Okt. 1934 aufgestellte Bilanz der Gesellschaft, die M. genehmigt hat, zugrunde gelegt worden. Das Aktivvermögen der Gesellschaft beträgt danach 72 928,60 *RM*.

Der Notar hat nach diesem Wert gem. §§ 32, 46 PrGKG. eine $^{20}/_{10}$-Gebühr von 272 *RM* und an Schreibgebühren 3,60 *RM* berechnet.

Die Gesellschaft hat bei dem Präsidenten des LG. in Berlin beantragt, die Gebühren gem. § 25 Abs. 2 NotGebO. festzusetzen. Von ihr ist geltend gemacht worden, daß der Gebührenberechnung das Reinvermögen der Gesellschaft zugrunde zu legen sei, da der Kaufmann M. auch die Schulden übernommen habe. Der LGPräs. hat nach Anhörung der Beteiligten durch Beschl. vom 24. Jan. 1935 die Gebühren und Auslagen des Notars auf 275,60 *RM* festgesetzt.

Der Kaufmann M., der die Eintragung der Umwandlung in das Handelsregister herbeigeführt hat, hat insoweit sofortige Beschw. eingelegt, als die Gebühr aus § 46 PrGKG. nach dem Werte des Aktivvermögens der Gesellschaft berechnet worden ist. Das Rechtsmittel hatte keinen Erfolg.

In dem angefochtenen Beschluß wird zutreffend ausgeführt, daß die Beurkundung des Gesellschafterbeschlusses v. 14. Dez. 1934 einen bestimmten Geldwert i. S. des § 46 PrGKG. habe. Denn es handelt sich um die Begründung eines neuen Rechtsverhältnisses, das die Übertragung des gesamten Vermögens der Gesellschaft auf den BeschwF. zum Gegenstand hat.

Gem. § 14 Satz 1 UmwandlG. v. 5. Juli 1934 (RGBl. I, 569) finden auf die Umwandlung einer GmbH. die Vorschriften über die Umwandlung einer AktG. entsprechende Anwendung. Wird also das Vermögen einer GmbH. auf den alleinigen Gesellschafter übertragen, so vollzieht sich die Umwandlung in der Weise, daß die Gesellschaft sich auflöst und ihr Vermögen auf den alleinigen Gesellschafter übergeht. Der Übergang des Vermögens vollzieht sich ohne Liquidation, also nicht im Wege von Einzelübertragungen. Mit der Eintragung der Umwandlung in das Handelsregister geht das Vermögen mit Einschluß der Schulden auf den übernehmenden Gesellschafter über. Die umgewandelte Gesellschaft ist damit aufgelöst, und es erlischt ihre Firma. Mithin liegt eine Gesamtrechtsnachfolge vor (Quassowski: DNotZ. 1934, 560, 568). Die Rechtslage ist derjenigen bei der liquidationslosen Fusion zweier AktG. gem. §§ 305, 306 HGB. ähnlich. Der Senat hat in dem Beschluß 1 a X 69/70/33: JFG., ErgBd. 12 S. 193 und DNotZ. 1933, 721, ausgeführt, daß der der Entsch. zugrunde liegende Fusionsvertrag ein gesellschaftsähnlicher Vertrag, also ein Vertrag sei, der kostenrechtlich eine Vereinigung von Leistungen betreffe. Denn er bezwecke die Übertragung des Gesamtvermögens der untergehenden Gesellschaft auf die andere Gesellschaft gegen Gewährung von Aktien der letzteren an die Aktionäre der ersteren, so daß diese Aktionäre für den ihnen gewährten Aktienbetrag der übernehmenden Gesellschaft in diese als Mitgesellschafter einträten. Die Vermögensübertragung stelle sich also gleichsam als eine Gesellschaftseinlage der zur übernehmenden Gesellschaft übergehenden Aktionäre dar. In solchen Fällen der Vereinigung von Leistungen sei aber in Anwendung von § 18 Abs. 1 Satz 1 i. Verb. m. § 20 Abs. 1 PrGKG. stets der Wert des einzubringenden Vermögens ohne Abzug der Schulden maßgebend. In dem vorl. Fall, der den Übergang des gesamten Vermögens der GmbH. auf den alleinigen Gesellschafter zum Gegenstand hat, kann allerdings von einer Gesellschaftseinlage nicht die Rede sein. Aber auch hier ist der Gegenstandswert nach dem Wert des einzubringenden Vermögens ohne Abzug der Schulden zu bemessen. Denn nach § 20 Abs. 1 Satz 1 PrGKG. ist bei der Berechnung des Wertes einer Sache nur ihr gemeiner Wert in Betracht zu ziehen. Schulden sind also nicht in Abzug zu bringen. Daher ist in allen Fällen, in denen ein Vermögen den Gegenstand des gebührenpflichtigen Geschäfts bildet und nach dem Willen des Gesetzgebers die Schulden abgezogen werden sollen, dies ausdrücklich bestimmt worden (JFG. ErgBd. 12 S. 195). Eine solche Vorschrift hat aber der Gesetzgeber für Fälle der vorliegenden Art nicht getroffen.

Die Ansicht des BeschwF., daß die gebührenrechtlichen Vorschriften, welche für den Fall der Gesamtrechtsnachfolge durch den Tod gelten, entsprechende Anwendung zu finden hätten, ist unrichtig. Die Gesamtrechtsnachfolge, die bei der liquidationslosen Fusion zweier AktG. gem. §§ 305, 306 HGB. oder bei der Umwandlung einer GmbH. durch Übergang des Vermögens auf den alleinigen Gesellschafter stattfindet, ist zwar dem Übergang des Vermögens des Verstorbenen auf die Erben ähnlich (RGZ. 123, 289, 294 und Staub, HGB., 14. Aufl., Anm. 13 zu § 306). Jedoch können die im 5. Abschn. des 1. Teiles des PrGKG. enthaltenen Vorschriften über Nachlaßsachen und Auseinandersetzungen keine Anwendung finden, da ein Nachlaß im Sinne dieser Vorschriften nicht vorhanden ist. Grundsätzlich ist auch eine entsprechende Anwendung dieser kostenrechtlichen Best. nicht statthaft. Selbst wenn sie aber zulässig wäre, müßte der Gegenstandswert nach dem des Vermögens der GmbH. ohne Abzug der Schulden bemessen werden. Denn nach § 88 Abs. 1 PrGKG. werden in der unter den 5. Abschn. fallenden Angelegenheiten die Gebühren von dem Betrage der den Gegenstand des Verfahrens bildenden Vermögensmasse ohne Abzug der Schulden berechnet. Hiermit wird die durch die vorhergehenden Ausnahmen des § 78 Abs. 4 — Erteilung des Erbscheins — § 79 Abs. 3 — Testamentseröffnung — und § 87 Abs. 2 — Entgegennahme erbrechtlicher Erklärungen — durchbrochene Regel bestätigt. Der BeschwF. beruft sich zu Unrecht auf OLG. Braunschweig v. 2. Dez. 1932: DNotZ. 1933, 722. Dort wird zwar ausgeführt, daß nach dem BraunschwGKG. die Bewertung des Nachlasses grundsätzlich unter Abzug der Schulden zu erfolgen habe. Das PrGKG. vertritt aber, wie bereits erörtert, den gegenteiligen Grundsatz.

Der LGPräs. hat zutreffend ausgeführt, es sei ohne Bedeutung, daß durch das UmwandlStG. v. 5. Juli 1934 (RGBl. I, 572) i. Verb. m. der 1. DurchfVO. zu diesem Ges. v. 7. Juli 1934 (RGBl. I, 595) mit der Umwandlung steuerliche Vergünstigungen verbunden seien. Denn hierdurch werden die für die Berechnung der Notargebühren bestehenden Vorschriften nicht berührt.

(KG., ZivSen. 1a, Beschl. v. 8. März 1935, 1a Wx 235/35.)
Ber. von KGR. Heydtmann, Berlin.

Anmerkung: Der vorstehenden Entsch. ist in vollem Umfange zuzustimmen.

Die Umwandlung einer Kapitalgesellschaft nach dem UmwandlG. stellt nämlich die Begründung eines neuen Rechtsverhältnisses von bestimmtem Geldwert i. S. von § 46 PrGKG. dar. In einem derartigen Fall ist aber als Wert des Gegenstandes der Vermögensübertragung nur das ganze Aktivvermögen der Kapitalgesellschaft in seinem vollen Umfange, also ohne Abzüge der Schulden, anzusehen. Nach zutreffender, feststehender Rspr. (vgl. KG.: JFG. 12, 195; DNotZ. 33, 722) sind nämlich in allen Fällen, in denen ein Vermögen Gegenstand des gebührenpflichtigen Rechtsgeschäfts ist, die Passiva des Vermögens nicht abzusetzen, falls das Gesetz nicht ausdrücklich etwas anderes anordnet.

Die Entsch. entspricht auch der ungeteilten Meinung in Rspr. (LG. Wuppertal: DNotZ. 1935, 149) und Schrifttum (Seybold: DNotZ. 1934, 721 Anm. 15).

AGR. Dr. Karl-August Crisolli, Berlin.

*

19. §§ 2039, 2058 BGB. Streitwert und Gebührenberechnung bei Klagen gegen Miterben. Bei Passivprozessen des Nachlasses haften alle Miterben gesamtschuldnerisch. Jeder einen Miterben vertretende Anwalt erhält also seine Gebühren nach dem vollen Wert der geltend gemachten Forderung, nicht nur nach dem Anteil seiner Partei am Nachlaß. †)

Zugunsten der Bekl. als in ungeteilter Erbengemeinschaft lebender Miterben war eine Aufwertungshypothek von 4250 *RM* eingetragen. Der Kl. hat behauptet, daß diese Hypothek getilgt sei und hat beantragt, die Bekl. zur Bewilligung der Löschung der Hypothek von 4250 *RM*, ferner als Gesamtschuldner zur Zahlung eines Betrages von 500 *RM* zu verurteilen. Die drei Bekl. sind im zweiten Rechtszuge jeder durch einen anderen Anwalt vertreten gewesen, deren Kosten nach dem vollen vom Kl. geltend gemachten Streitwert die Bekl. auf Grund des obsiegenden Urteils erstattet verlangen. Der Urkundsbeamte hat die Kosten antragsgemäß festgesetzt. Hiergegen hat der Kl. Erinnerung eingelegt mit der Begründung, daß bei Klagen gegen Miterben der Streitwert bzgl. eines jeden nur nach seinem Interesse,

grundsätzlich also nur nach seinem Anteilsrecht am Nachlaß oder an der streitigen Forderung sich belaufe. Das LG. hat der Erinnerung stattgegeben. Es geht davon aus, daß in sinngemäßer Anwendung der Grundsatz, daß bei Klagen von Miterben der Streitwert nur nach dem quotenmäßigen Anteil eines jeden zu berechnen sei, auch dann gelten müsse, wenn die Miterben auf Einwilligung in die Löschung einer Hypothek in Anspruch genommen werden, da jeder dann in Wahrheit nur über den ihm zustehenden Anteil verfüge.

Die hiergegen erhobene Beschw. mußte Erfolg haben. Für die hier zu treffende Entsch. bedurfte es keines Eingehens auf die Streitfrage, ob bei Klagen eines Miterben aus § 2039 BGB. auf Leistung an die Erbengemeinschaft, d. h. bei Geltendmachung eines Aktivrechts des Nachlasses, der Streitwert sich nach dem vollen Wert der beantragten Leistung oder, wie insbes. das RG. (RG. 93, 127) meint, nur nach dem Wert bemißt, der dem Anteil des klagenden Miterben an dem Nachlaß entspricht. Denn in dem zur Entscheidung stehenden Fall handelt es sich um einen Anspruch gegen den Nachlaß, der allen Miterben gegenüber geltend gemacht wird. Dieser Anspruch ist nicht nach § 2039 BGB., sondern nach § 2058 BGB. zu beurteilen, wonach die Erben für gemeinschaftliche Nachlaßverbindlichkeiten als Gesamtschuldner haften. Die Bedenken des LG., daß bei der Klage auf Löschungsbewilligung eine eigentliche Gesamtschuld nicht vorliege, werden durch § 431 BGB. zerstreut. Danach haften auch bei einer unteilbaren Leistung die mehreren Verpflichteten als Gesamtschuldner. Eine irgendwie geartete Teilung des Anspruchs — sei es auch nur für die Streitwertberechnung — nach dem Anteil der einzelnen Miterben an dem Gesamtnachlaß ist daher nicht angängig und würde gegen § 2058 BGB. verstoßen. Zwar hat das RG. in einer Entsch. v. 25. März 1929 (JW. 1929, 1653) in offenbar abweichender Beurteilung dahin entschieden, daß wie bei Klagen aus § 2039 BGB. so auch bei Klagen des einzelnen Miterben gegen denjenigen, der eine Forderung gegen den Nachlaß zu haben behauptet, auf negative Feststellung für die Streitwertbemessung der Wert des Anteils des einzelnen Miterben maßgebend sei. Zutreffend ist aber in der Anm. zu dieser Entsch. bereits hervorgehoben, daß es sich bei einer derartigen negativen Feststellungsklage, gleichgültig ob sie von einem Miterben oder der gesamten Erbengemeinschaft erhoben wird, in Wahrheit um einen Passivprozeß des Nachlasses, also um einen in § 2058 BGB. geregelten Fall handelt. Immerhin liegt der jetzige Sachverhalt insofern noch etwas anders, als ein Gläubiger des Nachlasses die gesamte Erbengemeinschaft in Anspruch nimmt. Hier kann kein Zweifel darüber bestehen, daß die gesamten Miterben gesamtschuldnerisch haften, und daß deshalb der Streitwert bzgl. jedes einzelnen Miterben nicht nach seinem Anteil zu berechnen ist, sondern der Gesamtforderung an den Nachlaß entspricht.

Der Senat kann daher seine in dem früheren Grundsatz 20 W 11525/32 v. 9. Nov. 1932 (bei Gaedeke, KostRspr., 1934, Nr. 299) niedergelegte Auffassung, daß bei Klagen gegen Miterben wie für die Streitwertfestsetzung so auch für die Berechnung der Anwaltsgebühren hinsichtlich jedes Miterben nur die diesem zustehende Quote maßgebend sei, nicht aufrechterhalten. Zum mindesten kann, soweit es sich um einen Passivprozeß des Nachlasses handelt, der nach § 2058 BGB. zu beurteilen ist, für diese Auffassung selbst dann kein Raum sein, wenn man selbst im übrigen die reichsgerichtliche Ansicht zu § 2039 BGB. für zutreffend erachten will.

Hier kommt noch hinzu, daß bei einem Teil des Klageanspruchs, nämlich dem auf Zahlung von 500 RM gerichteten Antrag, ohnehin alle Miterben ausdrücklich als Gesamtschuldner in Anspruch genommen werden, und daß insoweit eine Teilung gar nicht möglich wäre.

Die Kostenberechnung der Anwälte der Bekl. geht also zu Recht von einem Streitwert von 4750 RM (4250 + 500) aus. Dieser ist der Gebührenberechnung bzgl. jedes einzelnen der drei auf seiten der Bekl. tätig gewordenen Anwälte zugrunde zu legen.

Daß bei mehreren Streitgenossen jeder einzelne sich durch einen besonderen Anwalt vertreten lassen kann, ist allgemein anerkannt und folgt auch aus § 91 Abs. 2 Satz 1 ZPO., ohne daß es im einzelnen Falle einer Darlegung darüber bedürfte, aus welchen Gründen die mehreren Streitgenossen sich nicht durch ein und denselben Anwalt vertreten lassen.

Danach ist also der mit der Erinnerung angefochtene Kostenfestsetzungsbeschluß des Urkundsbeamten zu Recht ergangen.

(KG., 20. ZivSen., Beschl. v. 17. April 1935, 20 W 2212/35).

Anmerkung: Vgl. die Aufsätze Pein und Weber oben S. 1528 ff. sowie OLG. Kassel unten S. 1583[23].

*

20. §§ 916, 6, 4 ZPO. Der Streitwert eines Arrestes berechnet sich gemäß § 6 ZPO. nach dem Betrag der zu sichernden Hauptforderung. Ein hierneben etwa geltend gemachtes Kostenpauschquantum ist gemäß § 4 ZPO. auf den Streitwert ohne Einfluß. †)

Der Antragsteller hat gegen den Antragsgegner den Erlaß eines dinglichen Arrestes wegen einer Forderung von 1290,19 RM zuzüglich eines Kostenpauschquantums von 300 RM beantragt. Das LG. hat den Streitwert für dies Verfahren durch den angef. Beschl. auf 1290,19 RM festgesetzt. Der hiergegen von dem Prozeßbevollmächtigten des Antragstellers mit dem Antrag, den Streitwert auf 1590,19 RM heraufzusetzen, eingelegten Beschw. war der Erfolg zu versagen.

Der Sen. steht in Übereinstimmung mit der herrschenden Ansicht auf dem Standpunkt, daß sich der Streitwert eines Arrestes gem. § 6 ZPO. nach dem Betrag der durch den Arrest zu sichernden Forderung (§ 916 ZPO.) berechnet. Die weitere Frage, ob zu diesem Betrag ein etwaiges Kostenpauschquantum gem. § 5 ZPO. hinzuzurechnen ist, hat der Sen. bisher verneint (Beschl. 14 W 2972/33), und er hält diesen Standpunkt auch bei nochmaliger Nachprüfung aufrecht. Der 20. ZivSen. des KG. hat allerdings in einem ausführlich begründeten Gutachten v. 20. Dez. 1928 (JW. 1930, 644[1]) die Auffassung vertreten, daß das Kostenpauschquantum bei der Streitwertberechnung in vollem Umfange zu dem Betrag der Hauptforderung hinzuzurechnen sei, und zwar ohne Rücksicht darauf, ob es sich auf die Kosten des Arrestverfahrens oder die Kosten des Hauptprozesses bezieht. Demgegenüber hat der 25. ZivSen. in einem Beschl. v. 11. Juni 1931 (JW. 1931, 2581[4]) den Standpunkt eingenommen, daß das Kostenpauschquantum stets unberücksichtigt zu bleiben habe, während der 12. ZivSen. in einem nicht veröffentlichten Beschl. v. 24. Febr. 1932 (12 W 10 902/31) ausgesprochen hat, daß das Kostenpauschquantum wenigstens insoweit unberücksichtigt zu bleiben habe, als es sich auf die Kosten des Arrestverfahrens bezieht.

Die Entsch. der Frage, ob und inwieweit das Kostenpauschquantum bei der Streitwertberechnung zu berücksichtigen ist, hängt im wesentlichen davon ab, ob es unter „Kosten" i. S. des § 4 ZPO. fällt; denn nach dieser Best. haben Kosten, die als Nebenforderungen geltend gemacht werden, bei der Wertberechnung unberücksichtigt zu bleiben. Daß es sich bei dem neben der Hauptforderung geltend gemachten Kostenpauschquantum um eine Nebenforderung i. S. des § 4 ZPO. handelt, ergibt sich ohne weiteres daraus, daß es nicht denkbar wäre, daß wegen der Hauptforderung das Arrestgesuch zurückgewiesen, wegen des Kostenpauschquantums dagegen der Arrest angeordnet wird. Es kann sich daher nur darum handeln, ob das Kostenpauschquantum zu den Kosten i. S. des § 4 ZPO. gehört. Wenn hier im Schrifttum (vgl. die Ausführungen in dem Gutachten des 20. ZivSen.) gesagt wird, daß unter Kosten i. S. des § 4 ZPO. nicht die Kosten des Verfahrens zu verstehen seien, so wird dies selbst von den Vertretern dieser Ansicht nicht dahin verstanden, daß die Kosten des Verfahrens, da sie nicht unter § 4 ZPO. fallen, nunmehr gem. § 5 ZPO. zu dem Streitwert der Hauptsache hinzuzurechnen sind. Im übrigen findet aber auch diese einschränkende Auslegung des Begriffs der Kosten in § 4 ZPO. im Gesetz keine Stütze und steht auch damit in Widerspruch, daß sonst allgemein dieser Begriff sehr weit ausgelegt wird; denn hierzu werden heute allgemein gerechnet: „einmal die Aufwendungen, die aus Anlaß des der Klage zugrunde liegenden Geschäfts entstanden sind, wie die für Versendung der Ware, Auflassung, Übergabe, Untersuchung beanstandeter Ware, Selbsthilfeverkauf; ferner diejenigen Mittel, die für die Durchführung des Anspruchs aufgewandt worden sind, wie z. B. für Mahnschreiben, Gutachten als Grundlage zur Schadensberechnung, Protestkosten, Porti; endlich auch die Kosten eines früheren wegen des Anspruchs geführten Rechtsstreits, z. B. bei der Inanspruchnahme des Bürgen" (vgl. das Gutachten des 20. ZivSen. und die dortigen Nachweise). Hiernach steht der erkennende Sen. zunächst in Übereinstimmung mit dem Beschl. des 12. ZivSen. auf dem Standpunkt, daß bei der Berechnung des Streitwerts für einen Arrest das Kostenpauschquantum, soweit es die Kosten des Arrestverfahrens betrifft, ebenso unberücksichtigt zu bleiben hat, wie sonst im gewöhnlichen Prozeßverfahren die Verfahrenskosten außer Betracht bleiben. Darüber hinausgehend trägt aber der Sen. auch keine Bedenken, den Begriff der Kosten i. S. des § 4 ZPO. weiter dahin auszudehnen, daß er sich auch auf die Kosten des nachfolgenden Hauptprozesses erstreckt. Eine gesetzliche Best., die einer solchen Auslegung entgegenstände, besteht nicht. Für diese ausdehnende Auslegung spricht dagegen die Erwägung, daß Arrestverfahren und Hauptprozeß insofern eine Einheit bilden, als sie die gleiche Hauptforderung zum Gegenstand haben und das Arrestverfahren die Sicherung der Zwangsvollstreckung wegen des später im Hauptprozeß ergehenden Urt. bezweckt. Bilden beide Verfahren aber in diesem Sinne eine Einheit, so erscheint es nur billig, bei der Streitwertberechnung für das Arrestverfahren die Kosten beider Verfahren unberücksichtigt zu lassen, und zwar um so mehr, als in dem Hauptprozeß die Kosten des vorangegangenen Arrestverfahrens jedenfalls als Nebenforderung i. S. des § 4 ZPO. anzusehen wären. Es ist zwar dem Gutachten des 20. ZivSen. zuzugeben, daß der Arrestprozeß seine Besonderheiten hat und daß diese Besonderheiten vielleicht in konstruktiver Hinsicht die Möglichkeit bieten, das Kostenpauschquantum nicht als Kostennebenforderung i. S. des § 4 ZPO. anzusehen und es somit bei der Streitwertberechnung zu dem Betrage der Hauptforderung hinzuzurechnen. Zum mindesten ebensogut besteht aber entsprechend den vorstehenden

Darlegungen die Möglichkeit, auf das Kostenpauschquantum die Vorschr. des § 4 ZPO. wenigstens entsprechend anzuwenden und es somit bei der Streitwertberechnung unberücksichtigt zu lassen. Selbst wenn man auch die erste Möglichkeit als gegeben unterstellt, muß dennoch die Wahl zugunsten der zweiten Möglichkeit ausfallen; denn die erste Möglichkeit führt zu dem eigenartigen und dem Volksempfinden sicher fremden Ergebnis, daß der Streitwert in einem Verfahren, welches lediglich die einstweilige Sicherung des Haupt- und des Kostenanspruchs bezweckt, höher wäre als in einem Verfahren, welches zur endgültigen Befriedigung wegen beider Ansprüche führen soll. Der erkennende Sen. steht daher im Gegensatz zu dem Gutachten des 20. ZivSen. und in Übereinstimmung mit der wohl auch heute noch als herrschend zu bezeichnenden Ansicht (vgl. die ausführlichen Nachweise in Gelinsky-Meyer, Armenanwaltskosten, 2. Aufl., S. 21—23) auf dem Standpunkt, daß sich der Streitwert eines Arrestes gem. § 6 ZPO. nur nach dem Betrag der zu sichernden Hauptforderung berechnet und daß ein hierneben geltend gemachtes Kostenpauschquantum stets gem. § 4 ZPO. unberücksichtigt zu bleiben hat.

(KG., Beschl. v. 4. Jan. 1935, 14 W 8984/34.)

Ber. von KGR. Friedrich Müller, Berlin.

Anmerkung: Man kann diese Entsch. nur bedauern. Nicht so sehr allerdings deshalb, weil sie das Kostenpauschquantum nicht zur Hauptforderung zuschlagen und für den Streitwert maßgebend sein lassen will. Denn über diese Frage kann man sich sehr wohl streiten. Die Entsch. hat auch zweifellos insoweit Recht, als sie die Auffassung des 20. ZivSen. des KG. über den Begriff der Kosten i. S. des § 4 ZPO. bemängelt. Hier ist allerdings der 20. ZivSen. offenbar einem Irrtum erlegen. Denn zu den Nebenforderungen gehören auch die Kosten des Verfahrens selbst, in welchem die Hauptsache geltend gemacht wird. Daraus kann aber zwingend für die obige Entsch., daß für den Streitwert des Arrestverfahrens die Kosten beider Verfahren unberücksichtigt zu bleiben haben, nichts gefolgert werden. Mit Recht muß nämlich obige Entsch. zugeben, daß der Arrestprozeß seine Besonderheiten hat und daß diese die gegenteilige Auffassung des 20. ZivSen. durchaus zu rechtfertigen vermögen. Das tun sie in der Tat. Der Sicherungszweck des Arrestprozesses bringt es mit sich, daß der Arrestgläubiger in der Hand hat, die erstrebte Sicherung nur auf den Betrag seiner Forderung oder darüber hinaus auch auf den Betrag der durch die Geltendmachung dieser Forderung ihm erwachsenden Kosten auszudehnen. Er ist ja nicht genötigt, sich auch wegen eines Kostenpauschquantums zu sichern. Tut er es aber, dann erhöht sich damit sein Interesse um den Betrag der Kosten, so daß in diesem Zusammenhang für den Unterschied zwischen Haupt- und Nebenforderung i. S. des § 4 kein Raum ist.

So scheint mir die von obiger Entsch. abgelehnte Auffassung des 20. ZivSen. des KG. entschieden den Vorzug zu verdienen.

Nicht aber deshalb habe ich die vorstehende Entsch. als bedauerlich bezeichnet. Bedauerlich ist vielmehr daran, daß ein Senat desselben ObGer. ohne wirklich zwingende Gründe von der Entsch. bzw. der offiziell verlautbarten Auffassung eines anderen Senats abweicht. Daß solche zwingenden Gründe nicht vorhanden sind, gibt die besprochene Entsch. ausdrücklich zu. Es läßt die Wahl zugunsten seiner Auffassung nur deshalb ausfallen, weil — angeblich — die gegenteilige Auffassung zu einem dem Volksempfinden fremden Ergebnis führen würde. Dazu muß denn aber doch mit aller Deutlichkeit gesagt werden, daß das Volksempfinden viel mehr Verständnis für die Zurechnung des Kostenpauschquantums zur Hauptforderung als für ein derartiges Gegeneinanderarbeiten von Abteilungen oder Kammern gar — und das ganz besonders — von Senaten desselben ObGer. hat, die eigentlich dazu berufen sein sollten, die Einheitlichkeit der Rspr. zu wahren. Gerade diese ist ein für das Vertrauen des Volkes zur Rechtspflege nicht zu unterschätzender Faktor.

Aus derselben Erwägung heraus habe ich bereits anläßlich einer Besprechung der Entsch. vom OLG. Köln: JW. 1934, 3225 [7], das nicht nur ohne zwingende, sondern sogar mit nachweislich schlechterer Begründung von einer guten Entsch. des KG. bewußt abwich, zum Ausdruck gebracht, daß die OLG. unbedingt darauf sehen müßten, untereinander die Einheitlichkeit der Rspr. nach Möglichkeit zu wahren. Diese Forderung darf aber für die Rspr. innerhalb desselben OLG. in erhöhtem Maße erhoben werden.

RA. u. Notar Kubisch, Lübben (Spreewald).

*

Hamburg

21. Pflicht des Handelsmaklers zur Aufbewahrung von Proben.

Kl. (Hamburg) kaufte von C. durch Vermittlung des bekl. Handelsmaklers 100 t Fischmehl „El Sabalo ungefähr Type 220", die am 8. Mai 1934 in Hamburg eintrafen. Am 9. Mai meldete sie Qualitätsarbitrage an. Sie wurde aber mit ihrem Minderungsanspruch abgewiesen, da die dem Bekl. am 8. Mai ausgehändigte Probe, von der dieser einen Teil der Kl. ausgehändigt hatte, im gegebenen Zeitpunkt beim Bekl. nicht mehr vorhanden war, die von der Kl. vorgewiesene unversiegelte Probe aber nicht als identisch anerkannt wurde. Mit der Klage verlangte sie Erstattung von 1450 *RM* (Minderwert) und von 435 *RM* (Schiedsgerichtskosten), die der Bekl. wegen Versäumung der in § 96 HGB. vorgesehenen Aufbewahrungspflicht ihr zu erstatten habe. Klage und Ber. blieben erfolglos.

Das LG. führt aus: Bekl. sei berechtigt gewesen, die Probe wenige Tage nach Ablauf der Rügefrist, die es auf fünf Tage bemißt, also etwa am 16. Mai 1934 zu vernichten. Aber selbst wenn er sie pflichtwidrig schon vorher vernichtet haben sollte, so wäre doch dies Verhalten nicht ursächlich für den Schaden der Kl. gewesen, da dieser auch dann eingetreten wäre, wenn Bekl. die Probe erst nach Ablauf der Aufbewahrungsfrist, jedoch vor Empfang der Rügemitteilung der Kl. (die erst am 23. Mai erfolgt ist) vernichtet hätte.

Es kann dahinstehen, ob das LG. die Pflichten aus § 96 HGB. hinreichend streng bemißt (gewichtige Zweifel in dieser Beziehung können nicht unterdrückt werden). Denn auch bei Unterstellung eines nicht völlig korrekten Verhaltens des Bekl. muß man zur Klagabweisung gelangen, da das bei weitem überwiegende ursächliche Verschulden jedenfalls auf seiten der Kl. liegt. Dies Verschulden liegt erstlich darin, daß sie es unterließ, die vom Bekl. ihr übergebene Probe sofort siegeln zu lassen, wie dies der Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmanns entsprochen hätte (denn eine unversiegelte oder erst später versiegelte Probe ist im Ernstfalle wertlos); zum zweiten aber darin, daß sie es nicht für nötig hielt, den Bekl. von der beantragten Arbitrage unverzüglich zu verständigen, dies vielmehr erst am 23. Mai, also zwei Wochen später tat — ein Verhalten, das gleichfalls als ausgesprochen unachtsam bezeichnet werden muß. Hätte Kl. in diesen beiden Richtungen sich sachgemäß verhalten, so hätte der behauptete Schaden nicht entstehen können. Kl. hat also den angeblichen Schaden in der Hauptsache sich selbst zuzuschreiben, was bei sinngemäßer Anwendung des § 254 BGB. zur völligen Versagung des Klageanspruchs führen muß. Eine Arglist des Bekl. ist nicht behauptet, auch nicht anzunehmen.

Im übrigen sei bemerkt, daß auch ein schlüssiger Beweis dafür, daß das Schiedsgericht falsch geurteilt habe, nicht angetreten ist. Denn das Schiedsgericht hat seine Entsch. zutreffend darauf abgestellt, daß mangels sachdienlicher Bekundungen der vernommenen Zeugen ein Minderwert so lange nicht festzustellen sei, als die Probe nicht beigebracht ist. Diese kann aber auch jetzt nicht beigebracht werden. Das OLG. würde sich mithin vor derselben Beweisschwierigkeit sehen wie das Schiedsgericht. Die Folgen der Beweisfälligkeit aber würden auch im gegenwärtigen Verfahren die Kl. treffen, da ein Satz des Inhaltes, in Fällen der vorl. Art (nichtarglistige Beseitigung eines Beweismittels) kehre sich die Beweislast um, nicht anerkannt werden kann. Dies vorliegend um so weniger, da, wie dargelegt, an der Unbeibringlichkeit des Beweismittels die Kl. selbst, und zwar vorwiegend die Schuld trägt.

(OLG. Hamburg, 2. ZivSen., Urt. v. 26. März 1935, 2 U 19/35.)

Ber. von OLGR. Prof. Dr. Reichel, Hamburg.

*

Hamm

22. § 22 GenG. Die verbotswidrige Verpfändung des Geschäftsguthabens an die Genossenschaft ist nicht nichtig; ebensowenig ist die Sicherungsabtretung des Geschäftsguthabens an die Genossenschaft nichtig. †)

Die Kl. ist eine eingetragene Genossenschaft mbH., deren Geschäftsbetrieb auf den Einkauf von Waren für gemeinschaftliche Rechnung und deren Abgabe zum Handelsbetrieb an die Mitglieder gerichtet ist. Der Bekl. zu 1 ist als Alleininhaber der Firma S. B. Genosse. Er bezog von der Kl. in laufender Geschäftsverbindung Waren. Am 21. Sept. 1926 trat er zur Sicherheit für seine Warenschulden die Forderung aus seinem Geschäftsguthaben, das er bei der Kl. hatte, und aus einem gleichfalls bei der Kl. bestehenden Bausteinkonto an die Kl. ab. Am 13. Nov. 1933 wurde über das Vermögen des Bekl. zu 1 das Konkursverfahren eröffnet. Zu dieser Zeit betrug die Forderung der Kl. aus Warenlieferungen insgesamt 7429,22 *RM*. Sie meldete diese Forderung in voller Höhe zum Konkurse an, ermäßigte sie aber später um den Betrag des vereinbarungsgemäß aufgelösten, noch nicht fälligen Bausteinkontos auf 6429,22 *RM*. Der Konkursverwalter des Bekl. zu 1 erkannte die Forderung nur als Konkursforderung für den Ausfall an.

Die Kl. hat beantragt, den Konkursverwalter zu verurteilen, die Forderung der Kl. unbedingt in Höhe von 6429,22 *RM* und nicht nur in Höhe des Ausfalls bei der Sicherung durch abgetretenes Geschäftsguthaben von 3000 *RM* anzuerkennen.

Das LG. hat die Klage abgewiesen.

Nach Erlaß dieses Urt. ist das Konkursverfahren nach rechtskräftiger Bestätigung des Zwangsvergleichs v. 17. Okt. 1934 aufgehoben worden. In diesem Zwangsvergleich ist der Bekl. zu 2 zum Treuhänder bestellt worden.

Die Kl. hat gegen das Urt. Berufung eingelegt. Sie richtet nunmehr die Klage gegen den ursprünglichen Gemeinschuldner und den Treuhänder und beantragt, festzustellen, daß die Forderung der Kl., die im Konkurse S. B. mit 7429,22 RM angemeldet war, in dem im Konkursverfahren des S. B. abgeschlossenen Zwangsvergleich in Höhe von 6429,22 RM und nicht nur in Höhe des Ausfalls bei der Sicherung durch das abgetretene Geschäftsguthaben von 3000 RM zu berücksichtigen ist.

Die Berufung konnte keinen Erfolg haben.

Die Ansicht der Kl., die Sicherungsabtretung v. 21. Sept. 1926 sei nichtig und könne deswegen für sie im Konkurse des Zedenten, des Bekl. zu 1, kein Absonderungsrecht begründen, ist irrig. Die Zulässigkeit der Abtretung bedingter Forderungen — um eine solche handelt es sich bei der Forderung des Genossen gegen die Genossenschaft aus seinem Geschäftsguthaben — ist allgemein anerkannt.

Ebensowenig ist die Forderung des Bekl. zu 1 an die Kl. aus seinem Geschäftsguthaben durch ihre Abtretung an die Kl. im Wege der Konfusion erloschen. Die Abtretung ist nur fiduziarisch geschehen — die Zulässigkeit der fiduziarischen Forderungsabtretung ist allgemein anerkannt und findet ihre gesetzliche Grundlage im § 223 Abs. 2 BGB. —, hat also einen endgültigen Übergang der Forderung auf die Kl. und damit eine definitive Vereinigung von Forderung und Schuld in einer Person nicht bewirkt; ein Erlöschen des Schuldverhältnisses findet aber nur bei endgültiger Vereinigung von Forderung und Schuld in einer Person statt.

Schließlich ist die Sicherungsabtretung v. 21. Sept. 1926 auch nicht wegen Verstoßes gegen § 22 Abs. 2 GenG. nichtig. Nach dieser Bestimmung darf die Genossenschaft das Geschäftsguthaben des Genossen im geschäftlichen Betriebe nicht zum Pfande nehmen. Ob sie es sich auch nicht zur Sicherheit übertragen lassen darf, ist nicht ausdrücklich gesagt. Will man diese Bestimmung wegen der Ähnlichkeit von Sicherungsabtretung und Verpfändung auch auf die Sicherungsabtretung anwenden und hieraus die Nichtigkeit der verbotswidrig vorgenommenen Sicherungsabtretung herleiten, so bedarf es zunächst der Prüfung, ob die verbotswidrig vorgenommene Verpfändung nichtig ist. Nur wenn die Verpfändung nichtig ist, kann man annehmen, daß auch die der Verpfändung verwandte Sicherungsabtretung des Geschäftsguthabens in entsprechender Anwendung des § 22 GenG. unwirksam ist.

Wer, wie Parisius-Crüger und Krakenberger in ihren Kommentaren zum GenG., als Folge einer Zuwiderhandlung gegen die Bestimmungen des § 22 GenG. schlechthin die Nichtigkeit des vorgenommenen Rechtsgeschäfts annimmt, verkennt den Unterschied, den der Gesetzgeber selbst in der verschiedenen Ausdrucksweise im Abs. 2 u. 3 des § 22 gemacht hat, indem in Abs. 2 von „darf nicht", und in Abs. 3 von „kann nicht" gesprochen wird. Die Terminologie des Gesetzgebers ist aber regelmäßig folgende: Wird gesagt, ein Akt dürfe nicht vorgenommen werden, so ist die verbotswidrige Vornahme regelmäßig gültig und zieht nur andere Nachteile nach sich, während der Ausdruck „kann nicht" die Nichtigkeit des verbotswidrig vorgenommenen Rechtsgeschäfts bedeutet. Wenn es nun auch richtig ist, daß in älteren, vor der Abfassung des BGB. liegenden Gesetzen verschiedentlich der Ausdruck „darf nicht" für „kann nicht" gebraucht wird, so hätte doch gerade im vorl. Fall die verschiedene Ausdrucksweise in ein und demselben Paragraphen keinen Sinn, wenn der Gesetzgeber hierbei nicht an die verschiedenen Rechtsfolgen einer solchen verschiedenen Ausdrucksweise gedacht hätte. Auch ist der Text des Ges. betr. die Erwerbs- und Wirtschaftsgenossenschaft durch die Fassung v. 20. Mai 1898 mit dem Wortlaut des BGB. in Einklang gebracht worden.

Gegen eine abweichende Auslegung des § 22 GenG. spricht auch ein Vergleich mit § 226 HGB. Es war früher allgemein anerkannt, daß der verbotswidrige Erwerb eigener Aktien nicht nichtig sei. In der neuen Fassung des § 226 HGB. ist das ausdrücklich ausgesprochen, indem es dort heißt, daß ein Verstoß gegen die Bestimmungen des Abs. 1, wonach die AktG. über einen bestimmten Betrag hinaus eigene Aktien nicht erwerben darf, die Wirksamkeit des Erwerbs eigener Aktien nicht berührt.

Die Bestimmung des § 22 Abs. 2 GenG. muß deswegen dahin ausgelegt werden, daß die verbotswidrige Verpfändung des Geschäftsguthabens an die Genossenschaft ebensowenig nichtig ist wie der verbotene Erwerb eigener Aktien durch eine AktG., sondern daß sie nur andere Rechtsnachteile nach sich zieht.

Ist aber die Verpfändung des Geschäftsguthabens an die Genossenschaft nicht nichtig, dann kann es die Sicherungsabtretung des Geschäftsguthabens auch nicht sein. Die Forderungsabtretung v. 21. Sept. 1926 ist daher voll wirksam.

Nach allgemeiner und richtiger Ansicht gewährt die gültige Sicherungsabtretung im Konkurse des Sicherungsgebers entsprechend ihrer fiduziarischen Natur kein Aussonderungsrecht, sondern ein Absonderungsrecht nach Art desjenigen, wie es ein Pfandrecht gewährt. Die Kl. ist daher wirksam absonderungsberechtigte Konkursgläubigerin geworden; der Konkursverwalter darf daher ihre Forderung gemäß § 64 KO. grundsätzlich nur in Höhe des Ausfalls als Konkursforderung anerkennen.

Lediglich, wenn die Kl. auf ihr Absonderungsrecht verzichtet hätte, könnte sie mit ihrer ganzen Forderung im Konkursverfahren berücksichtigt werden. Ein solcher Verzicht muß eine vorbehaltlose Aufgabe der das Absonderungsrecht der Kl. begründenden Rechte sein, derart, daß die der Kl. bisher verfangenen Massewerte so frei werden, daß der Konkursverwalter darüber verfügen kann. Der Konkursverwalter kann aber über eine abgetretene Forderung erst dann wieder verfügen, wenn sie ihm zurückzediert ist. Es ist unstreitig, daß die Kl. bisher die fragliche Forderung nicht zurückzediert hat. Solange das nicht geschehen ist, ist die Forderung noch nicht wieder zur Masse gekommen, sondern bleibt der Kl. verhaftet, die sich daher auch vom Konkursverwalter auf abgesonderte Befriedigung aus dieser Forderung verweisen lassen muß.

Dieses Ergebnis ändert sich auch dann nicht, wenn man die Sicherungsabtretung v. 21. Sept. 1926 schlechthin als Verpfändung ansieht, die nach den obigen Ausführungen nicht unwirksam ist. Die Kl. hätte auf dieses Pfandrecht durch formfreie Erklärung gegenüber dem Konkursverwalter gem. §§ 1273 Abs. 2, 1255 BGB. verzichten können. Aus ihrer Forderungsanmeldung v. 26. Jan. 1934, in der sie ausdrücklich darauf hinweist, daß sie als Sicherheit die abgetretene Forderung aus dem Geschäftsguthaben besitze, ergibt sich indessen, daß sie ihre Rechte aus dieser Sicherungsabtretung, die sie damals noch entgegen der jetzt von ihr vertretenen Auffassung für gültig gehalten zu haben scheint, gewahrt wissen und keinesfalls darauf verzichten wollte. Auch die Klageschrift läßt nicht erkennen, daß die Kl. durch die Klagerhebung auf ihr Pfandrecht habe verzichten wollen. Im Gegenteil bezeichnet sie selbst als Streitpunkt die Frage, ob der Verwalter ... auf abgesonderte Befriedigung verweisen kann und erst nach Verzicht auf abgesonderte Befriedigung die Forderung unbedingt anzuerkennen hat, und gibt hiermit klar zu erkennen, daß sie bisher auf das ihr Absonderungsrecht begründende Pfandrecht nicht verzichtet hat und auch nicht verzichten will. Die gleiche Feststellung läßt sich schließlich aus der Tatsache treffen, daß die Kl. auf den Hinweis der Klagebeantwortung, ihre Forderung könne, solange sie nicht verzichtet habe, nur als Ausfallforderung anerkannt werden, nicht geantwortet hat.

Möglicherweise würde auch in einer Aufrechnungserklärung ein Verzicht auf das Recht auf abgesonderte Befriedigung gesehen werden können. Die Kl. gibt auch zu erkennen, daß sie aufrechnen will. Sie hat aber die Aufrechnung nicht erklärt, sondern nur vorgetragen, daß sie demnächst einmal aufrechnen wolle. Das ist ebenfalls kein Verzicht. Solange sie nicht ausdrücklich oder durch schlüssige Handlungen verzichtet oder die Forderung zurücküberträgt, scheitert auch eine Aufrechnung daran, daß der Warenforderung der Kl. keine Forderung des Gemeinschuldners, gegen die aufgerechnet werden könnte, gegenübersteht, da bis dahin die Kl. auch Inhaberin der ihr übertragenen Forderung ist.

Das ganze Verhalten der Kl. läßt erkennen, daß sie ihre Sicherheit so lange behalten will, bis sie wegen ihrer Forderung die größtmögliche Befriedigung erlangt hat. Daß sie auf diese Weise ihren Zweck nicht erreicht, kann eine andere Beurteilung nicht rechtfertigen. Hat aber die Kl. das in ihren Händen befindliche Pfandobjekt nicht zur Konkursmasse zurückgegeben, dann bleibt sie absonderungsberechtigte und daher dem Ausfallgrundsatz des § 64 KO. unterworfene Konkursgläubigerin und muß sich vom Konkursverwalter auf abgesonderte Befriedigung verweisen lassen. Sie kann daher nur insoweit an der Verteilung teilnehmen, als sie bei der abgesonderten Befriedigung ausfällt. Da aber der Konkursverwalter insoweit ihre Forderung anerkannt hat, sie aber selbst andererseits nicht behauptet hat, sie habe auf abgesonderte Befriedigung verzichtet, ist ihre auf Feststellung ihrer ganzen Forderung als Konkursforderung gerichtete Klage nicht schlüssig.

(OLG. Hamm, 11. ZivSen., Urt. v. 14. Febr. 1935, 11 U 201/34.)

Eingef. von RA. Dr. Herr, Hamm i. W.

Anmerkung: I. Die Frage nach der Gültigkeit der Sicherungsabtretung war für den Ausgang des Prozesses nicht von entscheidender Bedeutung. Denn auf jeden Fall stand der klagenden Genossenschaft die Befugnis zur Aufrechnung zu, und nach der wiederholt vom RG. ausgesprochenen Ansicht (RGZ. 80, 409 = JW. 1913, 215; 124, 8 = JW. 1929, 1379 [13]) wirkt, ein bestehendes Aufrechnungsrecht im Konkurse wie ein Absonderungsrecht. Der Konkursverwalter braucht daher die Forderung nur als Konkursforderung für

den Ausfall anzuerkennen. Anders vermöchte sich auch ein Konkursverwalter gegen einen solchen Gläubiger, der von seinem Aufrechnungsrecht keinen Gebrauch macht und gewissermaßen aus zwei Schüsseln zugleich essen will, nicht zu wehren. Denn der Konkursverwalter kann seinerseits nicht die Aufrechnung erklären.

Das Guthaben eines Genossen gewährt, solange der Genosse noch nicht ausgeschieden ist, dem Genossen kein irgendwie geartetes Forderungsrecht. Auch als bedingte Forderung, wie das OLG. Hamm (in Übereinstimmung mit Parisius-Crüger §7 Anm. 8 und anderen) meint, ist es nicht anzusehen (so auch Rieß in Ehrbg. Hdb. III, 2 S. 140; Waldecker, Lehrb. S. 149). Das ist ja offenbar auch der Grund, warum die Genossenschaft nicht von Anfang an den einfacheren Weg der Aufrechnung beschritt, sondern sich mit der umständlicheren Sicherungsabtretung begnügte. Da jedoch die Entstehung der Forderung aus dem Guthaben nur von dem Willen des Genossen abhängt — durch Austritt und Ausscheiden aus der Genossenschaft wird der Anspruch auf Auszahlung des Auseinandersetzungsguthabens erzeugt —, so kann § 54 KO., der die Aufrechnung zwischen bedingten oder betagten Forderungen im Konkurs zugunsten des Konkursgläubigers zuläßt, immerhin rechtsähnlich angewandt und die an sich künftige Forderung des Genossen wie eine bedingte behandelt werden. Denn es wäre unbillig, der Genossenschaft die Verrechnung des Guthabens nur deshalb zu versagen, weil der Schuldner es unterläßt, den Austritt aus der Genossenschaft zu erklären und damit das Guthaben zu realisieren. Dagegen steht dem Konkursverwalter keinesfalls die Aufrechnung zu, da für ihn die Vergünstigung des § 54 KO. nicht gilt und die ausschließlich maßgebenden Voraussetzungen des § 387 BGB. nicht zutreffen.

Daß die Aufrechnungsmöglichkeit der Genossenschaft deshalb ausgeschlossen sein soll, weil die Genossenschaft infolge der vollzogenen Sicherungsabtretung selbst Inhaberin des Guthabens ist, ist entschieden zu bestreiten. Solche formalen Bedenken sind hier unangebracht. Auch sonst betrachtet man ja den Gegenstand der Sicherungsübereignung oder Sicherungsabtretung als wirtschaftlich noch zum Vermögen des Schuldners gehörend und billigt dem Schuldner sogar im Konkurs des Sicherungsgläubigers ein Aussonderungsrecht zu. Es ist deshalb auch nichts dagegen einzuwenden, ist sogar ein Gebot der dem Sicherungsgläubiger im internen Verhältnis obliegenden Pflicht, den Schuldner als rechtlichen Inhaber des Sicherungsgegenstands zu behandeln, wenn dem Gläubiger das Aufrechnungsrecht gegenüber der ihm zur Sicherheit übereigneten Forderung des Schuldners zugesprochen wird. Sobald dem Sicherungsgläubiger das Befriedigungsrecht hinsichtlich des Sicherungsgegenstands zusteht, darf ihm auch die Aufrechnungsbefugnis nicht versagt bleiben.

An diesem Ergebnis, daß die Genossenschaft als Aufrechnungs- und damit Absonderungsberechtigte im Konkurs zu behandeln ist, ändert sich auch dann nichts, wenn die vollzogene Sicherungsabtretung als unwirksam anzusehen ist. Dann würde erst recht ein Zweifel an der Aufrechnungsbefugnis der Genossenschaft im Konkurs nicht bestehen können. Doch ist die Frage nach der Zulässigkeit der Abtretung des Guthabens an die Genossenschaft praktisch so außerordentlich wichtig, daß eine grundsätzliche Stellungnahme hierzu angebracht ist.

II. Es ist ohne weiteres richtig, daß die Sicherungsabtretung bezüglich des Guthabens nur dann als ungültig betrachtet werden kann, wenn schon die Verpfändung des Guthabens an die Genossenschaft mit rechtlicher Wirkung nicht vorgenommen werden kann. Die Begründung jedoch, mit der das OLG. die Verpfändung für wirksam hält, beruht auf einer reinen Wortinterpretation, die niemals allein ausschlaggebend sein kann. Das OLG. ist sich auch der Brüchigkeit seiner Beweisführung durchaus bewußt, wie sein eigener Hinweis auf den sehr verschiedenen Sprachgebrauch des Gesetzes ergibt. Die richtige Antwort kann nur aus Zweck und Sinn der Verbotsbestimmung des § 22 Abs. 2 GenG. ermittelt werden. Der Vergleich mit den Bestimmungen des Aktienrechts über den Erwerb eigener Aktien geht fehl. Erwirbt die AktG. eine eigene Aktie, so hat sie damit einen regelmäßig wieder realisierbaren Vermögensgegenstand in der Hand, dessen Veräußerung die zunächst zurückgewährte Einlage des Aktionärs wieder hereinbringt. Läßt sich dagegen die Genossenschaft das Geschäftsguthaben eines Genossen abtreten — gegen einen entsprechenden Gegenwert —, so zahlt sie damit lediglich das Guthaben aus ohne die Möglichkeit, ihr Grundkapital durch Aufnahme eines neuen Mitglieds wieder auf die gleiche Höhe zu bringen. Der Unterschied liegt eben darin, daß mit der Veräußerung der Aktie die Mitgliedschaft des Aktionärs verlorengeht, der sein Guthaben abtretende Genosse dagegen die Mitgliedschaft weiterbehält. Es hat deshalb seinen guten Sinn, wenn das Gesetz den Erwerb eigener Aktien in gewissen Grenzen gestattet, der Genossenschaft aber den Erwerb von Guthaben der Genossen strikte verbietet. Würde man die Abtretung des Guthabens an die Genossenschaft für rechtlich wirksam erachten, so wäre die Genossenschaft in der Lage, ihr Vermögen in wertlose Ersatzforderungen gegenüber dem pflichtwidrig handelnden Vorstand und Aufsichtsrat aufzulösen. Ein ganz unmögliches Ergebnis! Die Verpfändung des Guthabens an die Genossenschaft und die spätere Verwertung des Pfandobjekts gegenüber dem nicht zahlenden Schuldner — wie sollte diese überhaupt technisch durchzuführen sein? — kommt aber der Rückzahlung der Einlage durchaus gleich: Die Genossenschaft befriedigt sich wegen einer Forderung gegen den Genossen aus dem Vermögen, das rechtlich ihr zusteht; sie büßt eine gegenwärtige Forderung ein und gewinnt dafür die entfernte Aussicht, späterhin nach dem Ausscheiden des Genossen dessen Guthaben nicht auszahlen zu müssen. Der Genosse nimmt bis dahin an dem Verlust der Genossenschaft nicht mehr teil. Die Gläubiger der Genossenschaft, zu deren Gunsten das Genossenschaftsvermögen vor einer Verflüchtigung an die Mitglieder bewahrt bleiben soll, werden dadurch unmittelbar geschädigt — ihre Sicherung durch ein Nachschußverfahren ist nicht dieselbe wie durch gegenwärtig greifbares Vermögen der Genossenschaft — und vor allem werden die übrigen Genossen gegenüber dem durch vorzeitige Verwertung seines Guthabens bevorzugten Genossen ungebührlich benachteiligt. Schon der Grundsatz der Gleichbehandlung aller Mitglieder schließt jede vorzeitige Flüssigmachung des Guthabens eines Genossen aus. Das OLG. spricht wohlweislich nur von der Verpfändung des Guthabens an die Genossenschaft und erklärt nur diese für wirksam, vermeidet es aber, auch bezüglich der Auszahlung des Geschäftsguthabens und des Erlasses von Einzahlungen die gleichen Folgerungen zu ziehen, obwohl alle drei Maßnahmen von derselben Verbotsbestimmung („darf nicht") betroffen werden. Ist nach § 22 Abs. 2 die Verpfändung des Guthabens wirksam, so können alle Geschäftsguthaben der Genossen ebenso wirksam ausgezahlt und geschuldete Einzahlungen erlassen werden.

Würden solche Folgerungen allgemein anerkannt, so wäre der Genossenschaft damit die Kreditunterlage entzogen. Man könnte einwenden, daß für die Genossenschaft die Aufrechterhaltung des durch die Geschäftsguthaben repräsentierten variablen Grundkapitals nicht so wichtig ist wie für die Kapitalgesellschaft, da ja hinter der unmittelbaren Haftung des Genossenschaftsvermögens noch die Nachschußpflicht der Genossen steht. Aber es kann den Gläubigern — und ebenso den Mitgliedern der Genossenschaft — keineswegs gleichgültig sein, ob unmittelbar greifbares Vermögen vorhanden ist oder dieses in die Taschen der Genossen bzw. eines Teils von ihnen zurückgeflossen ist. Denn die Nachschußpflicht kann gegenüber durchweg unvermögenden Genossen leicht versagen und sie belastet die vermögenden Genossen um so stärker, je weniger bei den übrigen Genossen zu holen ist.

Es ist daher im Interesse der gedeihlichen Entwicklung des Genossenschaftswesens zu hoffen, daß die verfehlte Ansicht des OLG. Hamm, die von der herrschenden Meinung nicht geteilt wird, nicht Schule machen wird.

Prof. Dr. Ruth, Halle a. d. S.

*

Kassel

23. § 2039 BGB.; §§ 3, 6 ZPO. **Bei Klagen eines Miterben auf Leistung an alle Erben bestimmt sich der Streitwert nicht nach seinem Erbanteil, sondern nach der ganzen eingeklagten Leistung.** †)

Der Streitwert ist zwar grundsätzlich nach freiem Ermessen festzusetzen (§ 3 ZPO.). Doch bestehen eine Reihe von Ausnahmen. Bei Geldforderungen ist schlechthin der verlangte Geldbetrag maßgebend. Das ist allgemein anerkannt; es folgt aus der Natur der Sache und auch aus dem § 6 ZPO., der das Ermessen des Gerichts sogar schon dann ausschließt, wenn es sich nur um die Sicherstellung einer Geldforderung handelt. Ebenso ist, wenn um den Besitz einer Sache gestritten wird, nach der ausdrücklichen Vorschrift des § 6 ZPO. der Wert der Sache entscheidend. Geht man von diesen Grundsätzen aus, so ergibt sich für das natürliche Rechtsempfinden der zwingende Schluß, daß auch bei Klagen eines Miterben auf Leistung an die Erbengemeinschaft der volle eingeklagte Betrag — Entsprechendes gilt hier und im folgenden für den Wert der herausverlangten Sachen — den Streitwert bildet. Denn Gegenstand des Rechtsstreits ist nach § 2039 BGB. notwendigerweise der volle, den sämtlichen Miterben gebührende Betrag; auf ihn richten sich auch die Verurteilung und die Zwangsvollstreckung.

Auch dem Wesen der deutsch-rechtlichen Gemeinschaft zur gesamten Hand, der die Erbengemeinschaft des BGB. mit geringen Abweichungen nachgebildet ist, widerspricht die Rechtsanschauung, die den Streitwert nur nach dem Anteil des klagenden Miterben bemessen will. Wo Gesamthand besteht, gehören alle Rechte grundsätzlich den sämtlichen Teilhabern miteinander ungeteilt und unteilbar; die Verfügungsmacht des einzelnen ist durch die Notwendigkeit der Mitverfügung aller übrigen beschränkt. Demgemäß konnte ursprünglich nur die Gesamtheit der Genossen für die Gemeinschaft handeln („mit verschlungenen Händen"). Später haben sich zwar bei den verschiedenen Gesamthandschaften mannigfache Vertretungsmöglichkeiten heraus-

gebildet; doch handelt dann der einzelne Gesamthänder immer nur als Vertreter der eine Einheit bildenden Gemeinschaft (Gierke, Deutsches Privatrecht I S. 663 ff., 687). Dem entspricht es, wenn § 2039 zwar jedem einzelnen Miterben ein Klagerecht gibt, dabei aber nur die Geltendmachung des ganzen der Erbengemeinschaft zustehenden Anspruchs zuläßt; auch hier ist der einzelne nur Vertreter der Gesamtheit (ebenso Staudinger § 2039 Anm. 4; Kreß, Erbengemeinschaft S. 74 Anm. 9). Der einheitliche und unteilbare Anspruch ist aber auch einheitlich, nach dem vollen Betrage, zu bewerten.

Dem steht nicht entgegen, wenn das RG. die dem einzelnen Miterben in § 2039 gewährte Befugnis als „ein von dem gleichen Rechte der übrigen Miterben unabhängiges Sonderrecht" bezeichnet (WarnRspr. 1913 Nr. 235 S. 294). Wäre hier ein sachlich-rechtliches Sonderrecht des Miterben geschaffen, so könnte das vielleicht für die Gegenansicht sprechen. In Wahrheit ist jenes Sonderrecht aber lediglich formeller (prozeßrechtlicher) Art. Nur aus Zweckmäßigkeitsgründen, insbes. weil einzelne Miterben ihre Mitwirkung bei der Prozeßführung ohne triftigen Grund verweigern könnten, hat man den § 2039 geschaffen. Er gewährt „lediglich eine Prozeßlegitimation" und berührt nicht darüber hinaus auch die sachliche Regelung (Prot. 5, 864 f.; Kreß a. a. O. S. 71, 74; JW. 1912, 534; RG. 65, 8). Diese enge Auslegung des § 2039 ist um so mehr geboten, als er eine Ausnahmevorschrift darstellt.

Die Gegenmeinung beruft sich u. a. darauf, daß das nach § 2039 erwirkte Urteil keine Rechtskraft für und gegen die anderen Miterben schafft. Hierdurch wird indes die Annahme nicht erschüttert, daß der Miterbe den Gesamtanspruch aller Erben geltend mache. Auch sonst kommt es vor, daß das Urteil nicht für und gegen den Inhaber des eingeklagten Rechtes wirkt; so z. B. bei der Geltendmachung eines zum eingebrachten Gute der Frau gehörenden Rechts durch den Ehemann, wenn er nicht befugt war, ohne Zustimmung der Frau darüber zu verfügen (§ 1380 Satz 2 BGB.). Vor allem aber sind gerade im Fall des § 2039 die Rechtskraftwirkungen derart, daß sie irgendwelche Folgerungen zugunsten der Gegenansicht ausschließen. Für und gegen den klagenden Miterben wirkt das Urteil in vollem Umfang, nicht etwa nur zu einem dem Erbteil des Kl. entsprechenden Teile. Für und gegen die anderen Miterben wirkt es überhaupt nicht, auch nicht hinsichtlich des Teilbetrages, der dem Anteil des rechtskräftig abgewiesenen Miterben am Nachlaß entspricht. Dort also Rechtskraftwirkung in voller Höhe, hier Versagung der Rechtskraftwirkung wiederum in voller Höhe; wie groß der Anteil des klagenden Miterben ist, spielt dabei keine Rolle. Wird dieselbe Summe erst von einem und dann nochmals von einem anderen Miterben eingeklagt, und dringt auch nur eine der beiden Klagen durch, so erhält auch der bereits rechtskräftig Abgewiesene den ganzen ihm nach dem inneren Verhältnis der Erben gebührenden Teil genau ebenso, wie wenn seine Klage nicht gewesen wäre. Hätte der § 2039 ein sachlich-rechtliches Sonderrecht geschaffen, so würde dessen rechtskräftige Abweisung sich doch irgendwie auch sachlich auswirken müssen. Hier zeigt sich also wiederum, daß § 2039 nur eine Prozeßlegitimation gewährt. Eine solche ist nicht geeignet, für die Wertbemessung nach dem Anteile des Kl. die Grundlage zu bilden.

Ebensowenig überzeugt der Hinweis darauf, daß das mit der Klage verfolgte „unmittelbare Interesse" des einzelnen Erben nur seinem Anteil am Nachlaß entspreche. Der Wert des Streitgegenstandes und das Interesse des Kl. sind scharf zu trennen. Wie schon erwähnt, ist nach anerkannten Grundsätzen allgemein bei Streitigkeiten um eine bestimmte Geldsumme oder um den Besitz einer Sache das Interesse des Kl. ohne Einfluß auf die Wertbemessung. Wird z. B. auf Leistung unter Erbietung zur Gegenleistung geklagt, so entscheidet der Wert der geforderten Leistung, nicht das unter Abzug der Gegenleistung errechnete Interesse; wird die Herausgabe eines Grundstücks gefordert, so entscheidet dessen Verkehrswert, ohne Abzug der darauf ruhenden Lasten; diese Beispiele ließen sich beliebig vermehren. Demgemäß muß auch im Falle des § 2039 das Interesse des Kl. außer Betracht bleiben. Wird sonst auf Zahlung an einen Dritten geklagt, so bildet die geforderte Summe den Streitgegenstand; es ist nicht einzusehen, weshalb etwas anderes gelten soll, wenn ein Miterbe Zahlung an die Erbengemeinschaft verlangt. Zu alledem läßt sich nicht einmal sagen, daß das Interesse des klagenden Erben demjenigen Teil der Forderung gleichzusetzen sei, der seinem Anteil am Gesamtnachlaß entspricht. Den auf ihn entfallenden Betrag der Forderung wird der Kl. nur dann erhalten, wenn die ganze Summe unter den Erben verteilt werden kann; schon deshalb hat jeder Miterbe ein Interesse am Eingang des vollen Betrages.

Auch Billigkeitsgründe sprechen für die hier vertretene Meinung. Das zugunsten eines Miterben ergangene Urteil kommt tatsächlich allen Erben zugute. Kaum jemals wird es noch zu einem zweiten Rechtsstreit über dieselbe Forderung kommen. Nach der Gegenansicht hätten die Miterben es in der Hand, auf dem Wege des § 2039 ein Urteil mit unverhältnismäßig geringen Kosten zu erwirken; bei wirtschaftlich gleichem Erfolge würde die Höhe der Kosten von Zufälligkeiten abhängen, je nachdem ob der Erblasser selbst geklagt hat oder ob ein zu einem hohen oder ein zu einem geringen Anteil berechtigter Miterbe klagt. Andererseits bedeutet die hier bekämpfte Rspr. eine außerordentliche Härte für den Bekl., der zu der ganzen Leistung verurteilt wird, gleichwohl aber nicht die dem Werte dieser Leistung entsprechenden Rechtsmittel einlegen kann. Auf diese unerfreuliche Folge könnten die Miterben dadurch, daß nur einer von ihnen klagt, sogar bewußt hinarbeiten; sie selbst würden hierbei keine Gefahr laufen, da bei ungünstigem Ausgang des einen Rechtsstreites noch immer das Klagerecht der anderen Miterben bliebe. Der Bekl. kann auch nicht durch Erhebung einer Widerklage die übrigen Erben zur Teilnahme an dem Rechtsstreit zwingen (JW. 1917, 721[20]). Ob nicht sogar eine selbständige Feststellungsklage des Schuldners gegen die übrigen Miterben auch im Falle seines Obsiegens wirkungslos bleiben müßte, wenn er auf die Klage des einen Miterben rechtskräftig verurteilt worden ist, erscheint trotz RG. 93, 130 zum mindesten zweifelhaft. Jedenfalls sind hiernach auch die prozessualen Auswirkungen der Gegenansicht unbefriedigend.

Mithin muß bei Klagen aus § 2039 BGB. der Streitwert nach dem vollen Geldbetrage und nach dem vollen Wert der Sache bemessen werden. Zwar ist die Einheit der Rspr. dringliches Gebot. Aber auch die Rücksicht hierauf kann zu keiner anderen Entsch. führen. Dafür sind schon zu viele Entsch. in dieser Frage gegen das RG. ergangen, so z. B. von den OLG. Düsseldorf (erwähnt bei Soergel Rspr. 1933, 198), Hamburg (JW. 1934, 1371[51]), Karlsruhe (BadRpr. 14, 16, erwähnt bei Willenbücher, 11. Aufl., § 10 Anm. 17) und Zweibrücken (erwähnt in JahrbDR. 1935 Heft 1 S. 148). Der Auffassung des RG., dessen letzte Entsch. immerhin — soweit ersichtlich — schon mehrere Jahre zurückliegt, tritt auch der RGRKomm. entgegen (§ 2039 Anm. 2). Die Auffassung des KG., das dem RG. folgt (bei Gaedeke, KostRspr. des KG., 1934, Nr. 299), wird auch von dem Verfasser des genannten Buches, KGR. Dr. Gaedeke, bekämpft (JW. 1934, 2274[9]).

(OLG. Kassel, 3. ZivSen., Beschl. v. 22. Febr. 1935, 3 W 21/35.)

Ber. von OLGR. Dr. Münzel, Kassel.

Anmerkung: Vgl. Aufsätze Pein oben S. 1528, Weber S. 1530 und KG. S. 1579[19].

*

Stuttgart

24. §§ 935, 940 ZPO.; § 12 KraftfG. EinstwVfg. auf Abschlagszahlung wird nur für fortlaufenden Schaden gewährt. †)

Ein Architekt stieß mit seinem Kraftrad gegen einen Opelwagen, wurde am Bein verletzt und verlangt EinstwVerf. auf Zahlung von 5000 *RM* auf Verrechnung mit den Ansprüchen aus dem Unfall. Er hat die Hauptsache noch nicht anhängig gemacht, weil die Berechnung Schwierigkeiten mache. Seinen Ausfall durch die Beinverletzung rechnet er vorläufig zu 11 000 *RM*; die 5000 *RM* brauche er zur Anschaffung eines Kraftwagens und zur Wiederherstellung seines Betriebs, seine Ersparnisse seien durch die Kosten der Krankheit aufgezehrt. Das LG. sprach ihm 3000 *RM* zu. Es nahm an, daß ihm Aufträge in Höhe von 3500 *RM* entgangen und zum Besuch seiner Kunden und seiner Baustellen ein Kraftwagen nötig sei, weil er wegen der Beinverletzung das Kraftrad nicht mehr benützen könne.

Auf Berufung ermäßigte das OLG. auf 1500 *RM*, indem es eine Abschlagszahlung für die Vergangenheit ablehnte. Die ZPO. kennt zwei Arten von EinstwVerf. zu Sicherungszwecken: § 935 bezweckt Sicherung eines gefährdeten Anspruchs auf eine Individualleistung. § 940 soll einen einstw. Zustand in bezug auf ein streitiges Rechtsverhältnis bei Gefahr der Störung regeln. Daneben hat nun die Rspr. unter dem Gesichtspunkt der Abwendung erheblicher Nachteile in bezug auf ein dauerndes Rechtsverhältnis bei fortlaufenden Bezügen, auf die der Gläubiger zu seinem Unterhalt angewiesen ist, insbes. bei familienrechtlichen Unterhaltsansprüchen, Haftpflichtentschädigungen, Gehältern usw. die einstw. Verurteilung zu Abschlagszahlungen zugelassen. Dagegen hat sie bei einmaligen Geldleistungen, denen Rückstände von Renten gleichzustellen sind, EinstwVerf. versagt (so OLG. Karlsruhe, Frankfurt und Kiel: JW. 1930, 2068; 1932, 3728; 1933, 2925). Deshalb kann die EinstwVfg. nur erlassen werden für eine Rente, insoweit als der Verletzte durch den Unfall für die Zukunft in seiner Erwerbsfähigkeit beschränkt ist. Da hier die Frage einer Haftung gem. § 254 BGB. noch nicht geklärt ist und nach § 12 KraftfG. regelmäßig nur eine Rente von 125 *RM* monatlich vorgesehen ist, so sind, wenn man die Dauer des Hauptprozesses auf sechs Monate annimmt, sechs Monatsraten glaubhaft gemacht. Was die Anschaffung eines Kraft-

wagens betrifft, so kann es sich, da der Antragsteller sich bisher mit einem Kraftrad begnügt hat, nur um einen kleinen Wagen handeln. Einen solchen kann er auf Abzahlung kaufen, dafür genügen ebenfalls 750 *RM*.

(OLG. Stuttgart, 4. ZivSen., Urt. v. 3. Dez. 1934, U 722/34.)

Anmerkung: Der Entsch. ist im wesentlichen zuzustimmen.

1. Die Zubilligung vorläufiger Geldleistungen im Wege der EinstwVfg. hat der Theorie sehr viel Schwierigkeiten gemacht, weil die EinstwVerf. ihrer Best. und ihrem Wesen nach nicht dazu dienen soll, eine endgültige Befriedigung des Kl. herbeizuführen, sondern ihm nur die Möglichkeit der Sicherung zu bieten bestimmt ist.

Die Praxis hat sich über diese Schwierigkeiten hinweggesetzt und hinwegsetzen müssen. Denn die Scheidung begehrende Ehefrau muß von dem zahlungsunwilligen Ehemann auch während des Scheidungsprozesses Unterhalt bekommen können, und zwar rascher, als es im ordentlichen Verfahren möglich ist. Auch bei Haftpflichtprozessen, die oft jahrelang dauern und in Verursachung und Unfallfolgen oft zunächst sehr ungeklärt erscheinen, muß die Möglichkeit bestehen, einen Geschädigten vor dem Hungertode oder der Armenfürsorge oder auch vor der Unmöglichkeit, etwas zur Heilung seines Leidens zu tun, zu bewahren. Diese zwingenden praktischen Gründe haben denn auch zur allgemeinen Anerkennung der Zulässigkeit der EinstwVfg. auf Leistung von Geld geführt (vgl. Stein-Jonas § 940 III; Baumbach Anm. 3B und Stein-Jonas, Vorbem. IV zu § 916).

2. Die Ausnahme dieser Zubilligung bedingt aber, wie die Entsch. richtig ausführt, eine Beschränkung des Umfanges der zu zahlenden Beträge und eine genaue Prüfung, ob die Zahlung im Wege der EinstwVfg. unbedingt notwendig erscheint. An dieser genauen Prüfung lassen es manche Gerichte fehlen: Insbes. erscheint häufig der Antrag auf Erlaß einer EinstwVfg. für aufgelaufene Arztkosten, um den Antragsgegner vergleichsbereiter zu machen. In diesen Fällen müßte die EinstwVfg. abgelehnt werden, insbes. wenn plötzlich Befreiung von längst entstandenen und nicht nachweisbar ernsthalt geltend gemachten Ansprüchen von behandelnden Ärzten verlangt wird.

Dementsprechend hat das OLG. Stuttgart mit Recht die Berücksichtigung von entgangenen Aufträgen abgelehnt und weiter mit Recht ausgesprochen, daß auch die Frage des § 254 BGB. bei Bemessung der Höhe der Rente provisorisch zu berücksichtigen sei.

OLG. Kiel hat JW. 1933, 2925[10] zutreffend ausgeführt: „Verfügungskläger erstrebt, weil ihm der Hauptprozeß zu lange dauert, eine Abschlagszahlung, um seine bereits in der Vergangenheit entstandenen, ihn drückenden Schulden bezahlen zu können, um so zu vermeiden, daß ihm durch die Nichtbegleichung dieser Schulden Nachteile erwachsen."

Mit Recht ist in dieser Entsch. auch darauf hingewiesen, daß hierzu keine Möglichkeit nach dem Gesetz, aber auch kein Anlaß bestehe, weil eine derartige Bevorzugung einer gewissen Gruppe von Kl. gegenüber anderen (etwa Darlehnskl. oder Warengläubigern) nicht zu rechtfertigen sei.

3. Bedenken könnten nur insoweit bestehen, als die Entsch. dem Kl. die Anschaffung eines Wagens auf Abzahlung zumutet. Es ist nicht zu verkennen, daß es für einen erwerbsbeschränkten Kl., der den Zeitpunkt der völligen Wiederherstellung seiner Arbeitsfähigkeit nicht übersehen kann, einen schweren Entschluß bedeuten mag, neue Schulden in erheblicherem Umfange einzugehen, um sich einen Kraftwagen zu kaufen. Aber auch insoweit ist die Entsch. richtig. Denn der Kl. hat den Wagen zu Eigentum erworben, und es ist ihm eine erhebliche Anzahlung darauf zugesprochen worden. Der Bekl. hat aber andererseits ebenfalls schutzwürdige Interessen, und es kann ihm nicht zugemutet werden, einen Kraftwagen für den Kl. im Wege einer EinstwVfg. vollständig zu bezahlen. Im allgemeinen würde die richtige Abwägung der Interessen sogar dazu führen müssen, daß der Kl. sich einen Kraftwagen mietet und daß nur diese Kosten in monatlichen oder mehrmonatlichen Teilbeträgen von dem Bekl. zu ersetzen wären. Denn der Kl. bedarf ja der Beförderung, nicht aber des eigenen Wagens. Es kann aber auch Fälle geben, in denen die Anmietung eines Wagens entweder überhaupt nicht oder nur zu so hohen Kosten möglich ist, daß die Bewilligung eines Anzahlungsbetrages als die richtigere Lösung für beide Teile anzusehen ist.

4. Ich persönlich bin übrigens der Auffassung, daß der Kl. einen Zahlungsanspruch hinsichtlich des Kraftwagens im Wege der EinstwVfg. nur so verfolgen kann, daß er Zahlung an die Lieferfirma unmittelbar verlangt. Damit wird seinen Interessen genügt. Die Interessen des Bekl. fordern m. E. eine derartige Einschränkung.

RA. Hermann Carl, Düsseldorf.

Landgerichte: Zivilsachen

Berlin

25. § 302 Abs. 4 HGB. Wann ist die Wiedereintragung einer nach beendigter Liquidation gelöschten AktG. erforderlich? †)

Eine AktG. war nach beendigter Liquidation im Register gelöscht. Nach der Löschung stellte sich heraus, daß auf ihren Namen noch eine Hypothek eingetragen war. Das RegGer. hielt den letzten Liquidator zur Abgabe der Löschungsbewilligung für berechtigt und durch einen Registerauszug legitimiert, in dem alle Eintragungen gerötet und der Löschungsvermerk eingetragen war. Das GBA. erkannte die Löschungsbewilligung nicht an und verlangte die Wiedereintragung der AktG. nach § 302 Abs. 4 HGB. Das LG. hat das AG. angewiesen, die Wiedereintragung zu bewirken mit folgender Begründung:

Die Ausführungen des AG. stehen beispielsweise auch mit der Anm. 19 zu § 302 Staub in Widerspruch, wo es ausdrücklich heißt, daß das Amt des bisherigen Liquidators — im Gegensatz zur GmbH.: Joh. 45, 185 — beim Auftauchen von Vermögen nicht wieder auflebt, und daß neue Liquidatoren ernannt werden müssen. Daß die Wiedereröffnung Mühe und Kosten verursacht, kann nicht zu einem anderen Ergebnis führen, wie auch das KG.: Joh. 31, 267 ausgesprochen hat. Auch der Kommentar von Güthe-Triebel zur GBO. spricht in Anm. 14 zu § 35 auf S. 798 aus, daß zur Löschung einer Verfügungsbeschränkung, die zugunsten einer inzwischen im Handelsregister gelöschten AktG. eingetragen ist, von dem Grundstückseigentümer die Wiedereröffnung der Liquidation beantragt werden muß.

(LG. Berlin, Beschl. v. 8. Febr. 1935, 408 T 402/35.)

Ber. von AGR. Nebelung, Berlin.

Anmerkung: Diese Entsch. widerspricht nicht nur der übereinstimmenden Praxis sämtlicher Berliner Registerrichter und der meisten GBA., sondern auch den Bedürfnissen eines neuzeitlichen Rechtsverkehrs, der mehr denn je einem zwecklosen Formalismus abhold ist. Daß sie unrichtig ist, ergeben folgende Gedankengänge: Die Eintragung der Löschung einer AktG. wirkt nicht konstitutiv, gleich ob sie nach §§ 31 Abs. 2, 302 HGB. oder dem Ges. v. 9. Okt. 1934 erfolgt (vgl. Crisolli-Groschuff-Kaemmel, Umwandlung und Löschung usw., Anm. 14ff. zu § 2 S. 161f.). Daher besteht die Gesellschaft auch nach der Löschung fort, wenn sich herausstellt, daß die Liquidation nicht beendigt ist (§ 302 HGB.) oder die Gesellschaft noch Vermögen besitzt (§ 31 Abs. 2 HGB., Ges. v. 9. Okt. 1934), und zwar mit allen ihren Organen (Vorstand, Aufsichtsrat, GenVers.), es sei denn, daß Vorstand und Aufsichtsrat ordnungsmäßig ausgeschieden sind (z. B. durch Tod, Amtsniederlegung, Abberufung). Es können trotz der Löschung GenVers. abgehalten werden, ja selbst Prozesse geführt werden (KG. 1b X 907/32). Der letzte Liquidator oder Vorstand scheidet mit der Löschung der Gesellschaft nicht aus, sondern ist nicht nur berechtigt, sondern auch verpflichtet, die AktG. auch weiterhin zu vertreten, solange bis er ordnungsmäßig ausscheidet. Es ist jedenfalls solange nicht möglich, für die gelöschte AktG. einen Vorstand oder Liquidator gemäß § 29 BGB. zu bestellen, weil die Gesellschaft eben noch eine Vertretung hat. Fraglich kann also nur sein, ob der Liquidator oder Vorstand auch formell durch einen Registerauszug i. S. des § 15 HGB. legitimiert ist, in dem sich der Löschungsvermerk befindet und in dem alle Eintragungen gerötet sind. Diese Frage muß unbedingt bejaht werden. Das Vorhandensein des Löschungsvermerks besagt gar nichts, da er eben nicht konstitutiv wirkt. Wenn der Liquidator oder Vorstand Erklärungen für die Gesellschaft abgibt, so gibt er damit zu erkennen, daß die Gesellschaft noch besteht, der Löschungsvermerk also unrichtig ist. Da seine Eintragung als Vorstand nicht gelöscht ist, besteht sie i. S. des § 15 HGB. noch zu Recht. Daß sämtliche Eintragungen im Register gerötet sind, ist vollends unerheblich, da die Rötung nur den Zweck hat, bei Erteilung von Auszügen Eintragungen fortfallen zu lassen, welche durch spätere Eintragungen überholt und bedeutungslos sind und die Übersichtlichkeit des Registers stören, nicht aber die, daß eine gerötete Eintragung rechtsunwirksam wird. Was hat es nun bei dieser Rechtslage für einen Zweck, gemäß § 142 FGG. das umständliche Löschungsverfahren mit dem Endziel der Löschung des Löschungsvermerks einzuleiten, um genau dasselbe wieder im Register einzutragen, was auch aus dem gegenwärtigen Auszug sich ergibt? Ist das nicht eine Überspitzung des Formalismus? Im vorl. Falle ist die Wiedereintragung auf Anweisung des LG. erfolgt und schon nach wenigen Tagen wieder gelöscht. Wozu das? Der Antragsteller hat nur etwa 50 *RM* allein an Gerichtsgebühren zwecklos aufgewendet.

Damit soll nicht gesagt sein, daß die Vorschrift des § 302 Abs. 4 HGB. ihre Bedeutung verliert. Sie ist aber nach dem ganzen Inhalt und Geist nur dann anzuwenden, wenn wirklich eine Nachtrags-

liquidation beabsichtigt ist, was unter 100 Fällen noch nicht einmal vorkommt, da es sich ausnahmslos sonst nur um die Wahrnehmung der Rechte der Gesellschaft in einem bestimmten Falle handelt und nicht um ein „der Verteilung unterliegendes Vermögen".

Anders liegt die Sache natürlich, wenn — was hier nicht zur Debatte steht — der Liquidator oder Vorstand ausgeschieden ist. Aber auch in diesem Falle wird sich die Wiedereintragung meistens erübrigen, weil der Vorstand vom Gericht gemäß § 29 BGB. mit Beschränkung auf einen bestimmten Wirkungskreis bestellt wird und seine Eintragung nach § 235 Abs. 2 HGB. deshalb nicht in Frage kommt.

AGRat Peus, Berlin.

*

Hamburg

26. I. § 139 HGB. Übernahme einer OHG.-Beteiligung durch den Erben als Kommanditisten.

II. §§ 139 Abs. 4, 176 HGB. Die Haftung des Erben für Gesellschaftsschulden, die nach der Einräumung der Kommanditistenstellung aber vor der Eintragung entstanden sind, bestimmt sich nach dem allgemeinen Haftungsgrundsatz des § 176 HGB. †)

I. Im Sept. 1932 ist der Gesellschafter H. der nach ihm benannten OHG. gestorben. Der Tod H.s ist zunächst weder von L., dem weiteren Gesellschafter, noch von der Witwe H., der Testamentserbin, dem Handelsregister angemeldet worden. Nach mehrfachen Erinnerungen und Mahnungen ist am 2. Okt. 1933 von L. und der Witwe H. dem Handelsregister eröffnet, daß „der Gesellschafter H. am 23. Sept. 1932 aus der Gesellschaft durch Tod ausgeschieden ist. Mit dem gleichen Tage ist seine Witwe als Kommanditistin mit einer Vermögenseinlage von 8000 *RM* in die Gesellschaft eingetreten. Die Gesellschaft wird damit vom Todestage an als Komm-Ges. fortgesetzt."

Die Eintragung der Umwandlung der Gesellschaft hat sich bis Ende Juli 1934 hinausgezögert, da die vom Handelsregister geforderte Unbedenklichkeitsbescheinigung des FinA. für Verkehrssteuern nicht eher beigebracht worden ist.

Schon am 6. Juli 1934 ist von einem Gesellschaftsgläubiger der Antrag gestellt worden, das Konkursverfahren über das Vermögen der OHG. und über das Vermögen der beiden Gesellschafter zu eröffnen. Das Konkursgericht hat zunächst nur über das Vermögen der KommGes. und über das Vermögen des persönlich haftenden Gesellschafters L. das Konkursverfahren eröffnet. L. ist am 1. Aug. 1934 nach einem Selbstmordversuch gestorben. Am 24. Juli 1934 ist auch über das Vermögen der Witwe H. der Konkurs eröffnet worden. Gegen diesen letzten Beschluß richtet sich die rechtzeitig eingelegte sofortige Beschw. der Witwe.

II. a) Zwischen dem Antragsteller und der BeschwF. ist streitig gewesen, ob schon zu Lebzeiten des Ehemannes H. eine Vereinbarung zwischen dem Gesellschafter H. und L. über die Fortsetzung der Gesellschaft nach H.s Tode getroffen worden ist. Die zur Klärung dieser Frage angestellte Beweisaufnahme hat ergeben, daß eine derartige Vereinbarung tatsächlich getroffen ist. Gehört worden sind zu dieser Frage die Witwe H. und deren Nichte. Beide haben übereinstimmend bekundet, daß kurz vor dem Tode H.s zwischen diesem und L. eine Besprechung stattgefunden habe, in der vereinbart worden sei, daß nach dem Tode H.s dessen Witwe als Kommanditistin in die Firma eintreten sollte. Beide Zeuginnen haben einen glaubhaften Eindruck gemacht. Daß die Vereinbarung über die Fortsetzung der Firma nach dem Tode H.s nicht schriftlich getroffen worden ist, erscheint dann nicht mehr ungewöhnlich, wenn berücksichtigt wird, daß H. der Onkel des L. war, und daß er zu seinem Neffen unbedingtes Vertrauen gehabt hat. Auch der ursprüngliche Gesellschaftsvertrag ist nur mündlich geschlossen worden.

Tatsächlich ist daher festzustellen, daß kurz vor dem Tode H.s eine Abänderung des Gesellschaftsvertrages vereinbart worden ist, durch welche die Fortsetzung der Gesellschaft zwischen L. und Frau H. nach dem Tode H.s geregelt worden ist. In dieser Vereinbarung ist eine Best. i. S. des § 139 Abs. 1 HGB. zu erblicken.

b) Nach § 139 Abs. 1 HGB. ist der Zeitpunkt von Bedeutung, in dem die Forderung des Gläubigers entstanden ist. Hierzu hat der Konkursverwalter bekundet, daß am Todestage H.s ein Saldo zugunsten des Antragstellers bestanden hat. Der von der Gläubigerin vorgelegte Kontoauszug enthält jedoch keinen Saldovortrag, sondern führt als ersten Schuldposten den Restbetrag einer Rechnung vom 16. Okt. 1933 an. Danach muß die früher beim Tode H.s bestandene Schuld getilgt worden sein. Die im Konkurs geltend gemachte Forderung der Gläubiger von über 42 000 *RM* ist demnach in voller Höhe erst nach dem Tode H.s und dem unmittelbar danach erfolgten Eintritt der Witwe in die Gesellschaft entstanden.

c) Die weiteren Voraussetzungen des § 139 sind gegeben. Die Witwe hat von ihrem Recht, als Kommanditistin in die Gesellschaft einzutreten, nach ihrer Angabe unmittelbar nach dem Tode ihres Ehemannes Gebrauch gemacht. Die Frist von drei Monaten (§ 139 Abs. 3 HGB.) ist also gewahrt. L. hat den Antrag der Frau H. auch rechtzeitig angenommen. Die Witwe hat daher innerhalb der Dreimonatsfrist die Stellung einer Kommanditistin erlangt. Die Eintragung ist hierzu nicht erforderlich (vgl. §§ 173, 176 Abs. 2 HGB.).

Die Tatsache, daß nach den Feststellungen des Konkursverwalters die Gesellschaft beim Tode H.s schon überschuldet gewesen ist, ist für die Frage, ob eine Kommanditgesellschaft entstanden ist, ohne Bedeutung. Was das Gesetz als Gewinnanteil i. S. des § 139 BGB. ansieht, ist streitig. Das BeschwG. schließt sich der auch bei Ritter, 2. Aufl. 1932, S. 326 ff., im Ergebnis gebilligten Ansicht an, daß auch dann eine Fortsetzung der Gesellschaft als Kommanditgesellschaft in Betracht kommen kann, wenn an sich der Vermögensstand der Gesellschaft passiv ist. Durch die Feststellung, daß beim Tode H.s bereits eine Unterbilanz bestanden hat, wird daher die Anwendung des § 139 HGB. nicht beeinträchtigt.

d) Es ist also davon auszugehen, daß die Witwe nach § 139 HGB. Kommanditistin geworden ist. Die Frage, in welcher Weise sie haftet, ob mit dem gesamten Nachlaßvermögen oder nur mit ihrer Einlage von 8000 *RM*, kann unerörtert bleiben, da sich in dem hier zur Entsch. stehenden Tatbestand die Haftung nach dem § 176 HGB. bestimmt. Die Bedeutung dieser Vorschr. im Verhältnis zu der Best. des § 139 Abs. 4 HGB. ist streitig (vgl. Kretzschmar: ZBlFG. 17, 8; Wieland: Handelsrecht 1931, Anm. 25, S. 688 und S. 765; Ritter, 2. Aufl. 1932, S. 328 und S. 387).

Dieser Streit betrifft jedoch im wesentlichen Rechtsfragen, die für den zu beurteilenden Tatbestand nicht von entscheidender Bedeutung sind. Hierfür ist nur eines zu beachten: daß durchaus überwiegend die Ansicht vertreten wird, daß der Erbe, wenn er sich einmal für den Eintritt in die Gesellschaft entschieden hat, schnellstens die Eintragung seiner Kommanditisteneigenschaft herbeiführen muß, wenn ihn nicht die Haftung aus § 176 HGB. treffen soll (vgl. z. B. RGZ. 128, 181 = JW. 1930, 2659; Riesenfeld S. 121 ff.; Kretzschmar S. 8; a. M.: Wieland S. 687 ff.).

Dieser Ansicht ist beizutreten. § 139 Abs. 4 HGB. erfaßt schon nach seinem Wortlaut nur die bis zur Einräumung der Kommanditistenstellung entstandenen Gesellschaftsschulden. Dem Erben soll die Möglichkeit einer Haftungsbeschränkung gewahrt werden, solange er sich noch nicht entschieden hat. Hat er aber eine Erklärung abgegeben, so besteht zu einem besonderen Schutz keine Veranlassung mehr. Er ist jetzt zu behandeln wie jede andere Person, die einer Handelsgesellschaft beitritt. Das Motiv des Beitritts ist unbeachtlich. Aus ihm ist eine Sonderstellung für die Zeit nach der Einräumung der Kommanditistenstellung nicht mehr gerechtfertigt. Dem widerspricht der Grundgedanke des § 176 HGB., daß jeder, der als Gesellschafter auftritt, im Interesse der Sicherheit des Handelsverkehrs sich unbeschränkt als solcher behandeln lassen muß.

§§ 139 Abs. 4, 176 HGB. verfolgen zwei ganz verschiedene Ziele. Die erste Vorschr. will den Erben schützen, § 176 HGB. dagegen hat den Zweck, die Sicherheit im Geschäftsleben zu gewährleisten. § 139 HGB. verliert dann seine Geltung, wenn der Erbe selbst eine Verfügung getroffen hat, die seinen Erbteil zum Gegenstand des Handelslebens macht. Von diesem Zeitpunkt an gilt allgemeines Haftungsrecht, also auch § 176 HGB.

III. Diese Auffassung führt auch nicht zu einem unbilligen Ergebnis. Selbst wenn man berücksichtigt, daß die BeschwF. als ältere geschäftsungewandte Dame, die noch dazu durch ihren Neffen, den Mitgesellschafter L., schwer getäuscht worden ist, besonders schutzbedürftig ist, so kann doch das Ergebnis mit Rücksicht darauf, daß auch die BeschwF. vom Handelsregister wiederholt darauf aufmerksam gemacht worden ist, daß die Eintragung noch nicht erfolgt sei, und daß noch Erklärungen gegenüber dem Handelsregister abgegeben werden müßten, nicht als unbillig angesehen werden. Unter diesen Umständen durfte die BeschwF. sich nicht einzig und allein nahezu zwei Jahre lang auf L. verlassen, sondern mußte auch von sich aus Schritte zur Klarstellung unternehmen. Hinzu kommt noch, daß die BeschwF. auch während der gesamten Zeit, seit dem Tode ihres Ehemannes bis Mitte 1934, regelmäßig Beträge von etwa 400 *RM* monatlich aus dem Geschäft erhalten hat, die einen für eine alleinstehende Dame beträchtlichen Unterhaltssatz darstellen. Die BeschwF. hat also den Nutzen aus dem Geschäft und ihrer Gesellschafterstellung gezogen, dann muß sie auch die Nachteile auf sich nehmen.

Es ist also davon auszugehen, daß die BeschwF. für die Gesellschaftsschulden zwischen der Erlangung der Kommanditistenstellung und der Eintragung ins Handelsregister nach § 176 HGB. gleich einem persönlich haftenden Gesellschafter haftet. Dann ist

aber auch die Eröffnung des Konkursverfahrens über ihr Privatvermögen gerechtfertigt. Die gegen diesen Beschluß eingelegte Beschw. ist demnach unbegründet.

(LG. Hamburg, 1. ZK., Beschl. v. 8. Dez. 1934, KB 32/34.)

Ber. von Ass. Dr. H. Vogel, Hamburg.

Anmerkung: Dem Urteil liegt folgender Tatbestand zugrunde:

Der Gesellschaftsvertrag einer OHG. enthielt die Vereinbarung, daß die Gesellschaft zwischen dem überlebenden Gesellschafter und der Witwe des Verstorbenen fortgesetzt werden solle. Innerhalb der Frist von drei Monaten nach dem Tode des einen Gesellschafters wurde seiner Witwe die Stellung einer Kommanditistin eingeräumt. Die Änderung der Gesellschaftsverhältnisse wurde erst ein Jahr später zum Handelsregister angemeldet, aber dort nicht eingetragen, weil die Unbedenklichkeitsbescheinigung des FinA. nicht beigebracht wurde. Nach dem Eintritt der Witwe als Kommanditistin entstanden Gesellschaftsschulden in Höhe von 42 000 RM. Wegen dieser Schulden wird die Kommanditistin persönlich in Anspruch genommen, indem die Eröffnung des Konkursverfahrens gegen sie beantragt wird.

Das LG. erklärt die Inanspruchnahme der Witwe für berechtigt.

1. Das Urteil führt zunächst aus, die Kommanditgesellschaft entstehe bereits dann, wenn der überlebende Gesellschafter sich mit den Erben des Verstorbenen über die Einräumung der Kommanditistenstellung geeinigt habe, ohne daß es einer Eintragung ins Handelsregister bedürfe. Dem ist zuzustimmen. Denn es ist keinerlei Best. ersichtlich, wonach die Eintragung der Umwandlung des Gesellschaftsverhältnisses aus einer OHG. in eine Kommanditgesellschaft konstitutiver Natur sein soll. Es greift vielmehr die allgemeine Regel ein, daß im Zweifel die Eintragung ins Handelsregister immer nur deklaratorische Bedeutung hat. Mit Recht beruft sich das LG. hierfür auch auf die Vorschr. der §§ 173, 176 Abs. 2 HGB.

2. Das LG. führt weiter aus, § 139 HGB. sei auch dann anwendbar, wenn die Kommanditgesellschaft im Zeitpunkt ihres Entstehens überschuldet sei. Dem ist mit der heute durchaus h. A. zuzustimmen. Jedoch kommt es für die Entsch. des vorl. Falls auf die Stellungnahme zu dieser Frage überhaupt nicht an. Würde man die Anwendbarkeit des § 139 HGB. leugnen und eine Kommanditgesellschaft nicht entstehen lassen, so wäre durch den Beitritt der Witwe eine OHG. entstanden und die persönliche Haftung der Witwe ergäbe sich ohne weiteres aus § 128 HGB.

3. Schließlich nimmt das LG. an, sobald der Erbe Kommanditist geworden sei, müsse er wie jeder andere Kommanditist, der einer bestehenden Gesellschaft beitrete, behandelt werden; es finde auf ihn also § 176 Abs. 2 HGB. Anwendung, so daß er vom Zeitpunkt der Erlangung der Kommanditisteneigenschaft bis zu deren Eintragung im Handelsregister einem persönlich haftenden Gesellschafter gleichstehe. Auch dieser Auffassung ist zuzustimmen. § 139 HGB. will dem Erben drei Monate lang Zeit geben, um sich über seine zukünftige Stellung in der Gesellschaft klarzuwerden. Hat er sich entschieden, so entfällt der Anlaß für einen weiteren Schutz. Hat der Erbe die Stellung eines Kommanditisten gewählt, so wird er nunmehr wie jeder andere Kommanditist behandelt und unterliegt deshalb der Haftung des § 167 Abs. 2 HGB. Aus welchen Gründen die Eintragung der Kommanditistenstellung unterblieben ist, ob der Erbe selbst dafür verantwortlich ist, und ob ihn ein Verschulden trifft, ist unerheblich. Darauf wird in § 176 Abs. 2 HGB. nicht abgestellt. Die Haftung würde nur dann entfallen, wenn dem Gläubiger die Stellung der Witwe als Kommanditistin bekannt war. Das aber hätte von ihr behauptet und bewiesen werden müssen, was nach dem Sachverhalt nicht geschehen ist.

RA. Dr. Ernst Boesebeck, Frankfurt a. M.

*

Köslin

27. § 158 BGB. Gef. über Erleichterung der Eheschließung. Wird in einem Kaufvertrage zwischen einem Möbelhändler und einem Brautpaare vereinbart, daß der Kaufpreis für die Möbel ganz oder zu einem größeren Teil mit Bedarfsdeckungsscheinen des Ehestandsdarlehns bezahlt werden solle, so ist die Wirksamkeit des Vertrags dadurch bedingt, daß das Brautpaar das Ehestandsdarlehn erhält.

Die Bekl. ist verlobt. Für den künftigen Haushalt kaufte sie von der Kl. Schlafzimmer, Küchen- und Eßzimmermöbel durch Bestellschein v. 20. März 1934, den ihr Verlobter mitunterschrieb, zum Preise von 785 RM. In diesem Bestellschein heißt es: „Bond.: 600 RM in Bedarfsdeckungsscheinen, Rest Dreimonatsakzept., Lieferung auf Abruf". Die Ehe der Bekl. ist bisher nicht zustande gekommen, da die von ihrem Verlobten in Aussicht genommene Stellung als Grundlage für die Existenz einer Familie nicht geeignet war, was sich nachträglich herausgestellt hat. Die Eheschließung ist daher auf unbestimmte Zeit hinausgeschoben, und die Bekl. hat daher noch keine Bedarfsdeckungsscheine erhalten. Infolgedessen hat die Bekl. die Abnahme der Möbel und die Zahlung des Kaufpreises z. Z. verweigert. Der Kl. macht Schadensersatz wegen Nichterfüllung geltend. Die Bekl. ist vom AG. zur Zahlung von 208 RM verurteilt worden. Die Ber. hatte Erfolg. Dem Kl. stehen Schadensersatzansprüche wegen Nichterfüllung des Kaufvertrages nicht zu. Gegen die Rechtswirksamkeit des Vertrages bestehen allerdings keine Bedenken. Auf dem Bestellschein ist der vorgedruckte Vermerk des Eigentumsvorbehaltes und die Bezugnahme auf die auf der Rückseite stehenden allgemeinen Verkaufsbedingungen, die u. a. auch das Nähere über den Eigentumsvorbehalt enthalten, deutlich durchstrichen. Damit ist zum Ausdruck gebracht, daß diese Best. für den Kauf nicht gelten. Es kann also dahingestellt bleiben, welchen Einfluß ein solcher Eigentumsvorbehalt auf die Gültigkeit des Vertrages gehabt haben würde. Der Kaufvertrag ist aber als ein aufschiebend bedingt geschlossener Vertrag anzusehen, der wegen Nichteintritts der Bedingung noch nicht wirksam geworden ist. Allerdings ist in dem Vertrage keine Best. enthalten, in der ausdrücklich ausgesprochen ist, daß die Wirksamkeit des Vertrages dadurch, daß die Bekl. Bedarfsdeckungsscheine erhalte, bedingt sei. Jedoch muß eine solche Bedingung aus dem oben mitgeteilten Satze betreffend die Zahlungsweise entnommen werden.

Es ist allgemein bekannt, daß Ehestandsdarlehen deshalb gewährt werden, um minderbemittelten Volksgenossen, die die erforderlichen Mittel zur Einrichtung einer Häuslichkeit nicht besitzen, durch dieses Darlehn die Eheschließung zu ermöglichen. Das ist insbes. den Kaufleuten, welche, wie der Kl., die Berechtigung zur Annahme von Bedarfsdeckungsscheinen haben, sich zur Annahme solcher ausdrücklich erbieten und in erheblichem Umfange Aussteuern verkaufen, selbstverständlich bekannt. Wird daher in einem Kaufvertrage zwischen einem Möbelhändler und einem Brautpaare vereinbart, daß der Kaufpreis für die Möbel ganz oder zu einem größeren Teil mit Bedarfsdeckungsscheinen bezahlt werden solle, so sind sich beide Teile darüber klar, daß dem Käufer die Bezahlung des Kaufpreises nur und erst dann möglich ist, wenn er Bedarfsdeckungsscheine erhält. Beide Vertragsteile sind sich darüber klar, daß nur in diesem Falle der Vertrag durchgeführt werden kann. Der Kaufvertrag ist in solchem Falle dadurch, daß die Bedarfsdeckungsscheine dem Käufer gewährt werden, bedingt. Diese Auslegung entspricht Treu und Glauben und dem Volksempfinden. Es würde eine am Wortsinn haftende Vertragsauslegung sein, wollte man den Vertrag mit Rücksicht darauf, daß die Bedingtheit in ihm nicht förmlich zum Ausdruck gebracht ist, für unbedingt halten. Das muß um so mehr gelten, als es sich hier um einen Vertrag auf einem veralteten, für ein Abzahlungsgeschäft geschaffenen und für den vorl. Fall gar nicht passenden Vordruck handelt, bei dem es aus räumlichen Gründen kaum möglich ist, Abänderungen und Zusätze vorzunehmen. Wollte der Kl. den Vertrag nur unbedingt schließen, so mußte er das in diesem Falle ausdrücklich aufnehmen. Daß die Bekl. die Eheschließung bisher mutwillig aufgeschoben und den Eintritt der Bedingung des Erhalts der Bedarfsdeckungsscheine damit wider Treu und Glauben verhindert habe (§ 162 BGB.), hat der Kl. selbst nicht behauptet. Der Kl. kann daher aus dem Vertrage wenigstens zur Zeit keine Erfüllung und keinen Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlangen. Ob der Kl. in Rücksicht auf die Länge der verflossenen Zeit überhaupt noch bzw. wie lange er an den Vertrag gebunden ist, ist hier nicht zu entscheiden.

(LG. Köslin, 1. ZK., Urt. v. 8. Jan. 1935, 1 S 77/34.)

Eingef. von RA. Dr. Köhler, Köslin.

Amtsgerichte

Berlin

28. §§ 1—3 AbzG.; §§ 13, 29, 38, 276 und 331 Abs. 2 ZPO. Für die Klage des Abzahlungsverkäufers auf Rückgewähr des Kaufgegenstandes ist nicht der im Kaufvertrage vereinbarte Gerichtsstand maßgebend.

Die Kl. hat den Bekl. ein Radiogerät auf Abzahlung unter Eigentumsvorbehalt und gemäß den im Bestellschein enthaltenen Bedingungen verkauft und geliefert. Im Bestellschein heißt es

u. a.: „Erfüllungsort und Gerichtsstand ist das AG. Berlin". Die Kl. ist vom Vertrage zurückgetreten. Unter Berufung auf den vereinbarten Gerichtsstand verlangt sie Herausgabe des Radiogerätes und beantragt gegen die säumigen Bekl. Erlaß des Versäumnisurteils.

Das angerufene AG. Berlin ist für die Entsch. über den Klageanspruch örtlich unzuständig. Wegen mangelnder örtlicher Zuständigkeit des Gerichts ist die Klage, da ein Verweisungsantrag nicht gestellt worden ist, gem. §§ 276, 331 Abs. 2 ZPO. als unzulässig abzuweisen.

Aus der Säumnis der Bekl. ist nicht eine stillschweigende Vereinbarung der Parteien über die Zuständigkeit des angerufenen Gerichts zu folgern. Sie könnte erst nach mündlicher Verhandlung zur Hauptsache angenommen werden (§ 39 ZPO.).

Die von der Kl. aufgestellten tatsächlichen Behauptungen rechtfertigen nicht die Zuständigkeit des AG. Berlin. Auf dessen vertraglich vereinbarte Zuständigkeit beruft sich die Kl. zu unrecht. Der in dem Bestellschein geregelte Gerichtsstand betrifft Ansprüche aus dem zwischen den Parteien geschlossenen Kaufvertrage. Aus diesem macht die Kl. aber keinen Anspruch geltend, vielmehr will sie die Rechtsfolgen des Verkaufes durch ihre Rücktrittserklärung beseitigen. Ihr Herausgabeanspruch leitet sich nicht aus dem Kaufvertrage her, sondern aus dem durch die Rücktrittserklärung entstandenen Rückgewährverhältnis nach §§ 1—3 AbzG. Hinsichtlich dieses Rückgewährverhältnisses ist in dem Bestellschein ein Gerichtsstand nicht vereinbart worden. Für den Rückgewähranspruch der Kl. ist der Gerichtsstand gem. §§ 13, 29 ZPO. i. Verb. m. § 269 BGB. selbständig zu bestimmen. Er ist bei demjenigen Gericht gegeben, in dessen Bezirk der Erfüllungsort für die Rückgewährpflicht der Bekl. liegt. Das ist Idar-Oberstein als der Ort, wo sich das Radiogerät zur Zeit befindet (vgl. Crisolli, Abzahlungsgeschäfte zu § 1 Anm. 106—108; Sydow-Busch, 20. Aufl. zu § 29 Anm. 4).

Für die Zuständigkeit des AG. Berlin greift auch nicht die Erwägung durch, daß das Rückgewährverhältnis eine Auswirkung des Kaufvertrages und daher für den Herausgabeanspruch der Verkäuferin der für den Kaufvertrag vereinbarte Gerichtsstand maßgebend sei. Eine solche über seinen Bereich hinausgreifende Wirkung kommt dem Kaufvertrage nicht zu. Sie ist schon mit Rücksicht auf den Schutz des sozial schwächeren Käufers abzulehnen, dem der an seinem Wohnort gegebene allgemeine Gerichtsstand, soweit er nicht ausdrücklich abgedungen ist, zu erhalten ist. Im übrigen besteht eine solche fernwirkende Gerichtsstandsvereinbarung auch nicht für das ähnlich gelagerte Rückgewährverhältnis bei dem allgemeinen Rücktritt nach §§ 346 ff. BGB. oder bei der Wandlung (vgl. RGRKomm. zu § 346 Anm. 3; Staudinger zu § 348 Anm. 8).

(AG. Berlin, Abt. 20, Urt. v. 27. Nov. 1934, 20 C 1827/34.)

Ber. von GerAss. Jastrow, Berlin.

*

Kirchhundem

29. 1. § 1 KartVO. Zwischen vorübergehend gebildeten „Ringen" und dauernden Kartellverträgen ist hinsichtlich der Anwendung der KartVO kein Unterschied zu machen.

2. Auch ein Vertrag zwischen nur zwei gewerblichen Unternehmern kann ein Kartell i. S. des § 1 KartVO. sein.

3. Submissionskartelle fallen nicht immer unter § 138 BGB. †)

Der Kl. und der Bekl. vereinbarten bei der Vergebung von Dachdeckerarbeiten für die Schulen in S. und O., daß jeder von ihnen ein bestimmtes Gebot, und zwar der Bekl. 4,10 *RM* und der Kl. 3,90 *RM* pro qm einreichen sollte, daß man sich aber den Spaß teilen wollte, ganz gleichgültig, wem der Auftrag übertragen würde. Die Arbeiten sollten gemeinschaftlich ausgeführt werden, und zwar sollte jeder selbständiger Unternehmer bleiben.

Der Kl. behauptet, der Bekl. habe den Auftrag für die Beschieferung der Schule in S. erhalten, er habe jedoch die Arbeiten allein ausgeführt.

Der Anspruch des Kl. ist unbegründet. Die zwischen den Parteien getroffene Vereinbarung ist nämlich eine Kartell i. S. des § 1 KartVO. v. 2. Nov. 1923. Danach bedürfen Verträge und Beschlüsse, welche Verpflichtungen über die Handhabung der Erzeugung oder des Absatzes, die Anwendungen von Geschäftsbedingungen, die Art der Preisfestsetzung oder die Forderung von Preisen enthalten (Syndikate, Kartelle, Konventionen und ähnliche Abmachungen) der schriftlichen Form.

Die Parteien verfolgten mit ihrer Vereinbarung den Zweck, auf die Preisbildung einen Einfluß auszuüben. Unerheblich ist es dabei, ob sich die Preise im gegebenen Falle im Rahmen der Angemessenheit bewegt haben. Selbst, wenn auch Angebote anderer auswärtiger Handwerker gemacht werden konnten und auch in Wirklichkeit abgegeben worden sind, so bleibt dennoch der freie Wettbewerb dadurch nicht gewahrt, denn es ist eine gerichtsbekannte Tatsache, daß von seiten der Gemeinde in allererster Linie bei Vergebung von Gemeindearbeiten die in der Gemeinde ansässigen Handwerker berücksichtigt werden, sogar auch dann, wenn ihre Angebote um ein Geringes höher liegen sollten als die der auswärtigen Handwerker. Auch der Einwand des Kl., die KartVO. wolle nur die Bildung wirtschaftlicher Machtstellungen verhindern, d. h. solcher Unternehmungen, die bestimmt seien, einen dauernden Einfluß auf die Preisgestaltung auszuüben, kann nicht als richtig angesehen werden. Im Schrifttum herrscht nahezu Einigkeit darüber, daß zwischen vorübergehendem „Ringen" oder „Schwingen" und dauernden Kartellverträgen für die Anwendung der KartVO. kein Unterschied zu machen ist. Auch eine Gelegenheitsschöpfung kann unter § 1 KartVO. fallen. Es kommt auch nicht auf die größere oder kleinere Anzahl der Vertragsbeteiligten an, vielmehr kann auch ein Vertrag zwischen nur zwei gewerblichen Unternehmungen den Kartellbegriff der VO. erfüllen. Ausschlaggebend ist nur, daß es sich um einen Gesellschaftsvertrag handelt, also um einen Vertrag zur Erreichung gemeinschaftlicher Zwecke im gemeinsamen Zusammenwirken durch Übernahme gesellschaftlicher Verpflichtungen und Bindungen (vgl. RGZ. 114, 264 = JW. 1926, 2912). Unerheblich ist fernerhin auch, ob die Parteien überhaupt in der Lage waren, durch ihre Abmachungen den Markt tatsächlich zu beinflussen, jedenfalls ist aber gerade in diesem Falle die Gefahr des Mißbrauchs einer wirtschaftlichen Machtstellung um deswillen besonders groß, weil die Parteien im hiesigen Gemeindebezirk die einzigen Unternehmer dieser Art sind.

Die Vereinbarung bedurfte danach zu ihrer Wirksamkeit der Schriftform. Wegen mangelnder Form ist der Vertrag aber nichtig.

(AG. Kirchhundem, Urt. v. 12. April 1934, 2 C 31/34.)

Eingef. von RA. Wurm, Altenhundem.

Anmerkung: I. Die Entsch. entspricht der herrschenden und richtigen Ansicht, von der nur zeitweilig in Entsch. abgewichen wurde (vgl. JW. 1927, 2085).

§ 1 KartVO. muß im heutigen Staat alle marktbeeinflussenden Verbände und Verabredungen der sog. privaten Wirtschaft umfassen, damit für den Einsatz aller Kräfte für statt gegen das Gemeinwohl Gewähr gegeben ist. Dazu gehören fraglos auch die Abreden der in der Entsch. genannten Art, auch soweit sie für die Durchführung nur eines Geschäftes abgeschlossen wurden. Ebenso ist es gleichgültig, ob es sich dabei um Abreden zwischen Großfirmen oder Handwerkern handelt und zwischen wieviel Unternehmern die Abrede getroffen ist (vgl. RGZ. 114, 262 = JW. 1926, 2912).

Bei der Abrede liegt ein Submissionskartellvertrag vor. Das AG. verneint die Anwendung von § 138 BGB. gegenüber diesem Vertrage, weil sich nicht alle Dachdecker der Abrede angeschlossen hätten. Meines Erachtens ist diese Begr. nicht stichhaltig. Es kommt m. E. vielmehr auf folgendes an:

Ausgangspunkt für die Frage der Sittenwidrigkeit muß die nationalsozialistische Rechts- und Weltanschauung sein. In der Wirtschaft ist es Zweck der Unternehmen, zur Sicherung, Erhaltung und Förderung der Volksgesamtheit zu wirken. Es ist denkbar, daß solches Wirken im Einzelfall Abreden der genannten Art notwendig macht, z. B. wenn irgendein ausschreibender Konzern oder eine fiskalische Stelle, die das nationalsozialistische Gedankengut des gerechten Preises noch nicht in sich aufgenommen hat, preisdrückend wirkt. Dann, aber nur dann sind solche Abreden vom Recht zu schützen. Dort dagegen, wo sie lediglich dem Gedanken „Branchennutz vor Gemeinnutz entspringen", können sie nicht den Schutz des Rechtes finden; und dafür bietet § 138 BGB. eine Handhabe. Übrigens entspricht dies auch der seitherigen Rechtsprechung des RG., das in früheren Entsch. die planmäßige Irreführung des Bestellers zwecks Erzielung höherer Preise als sittenwidrig erklärt hat (RG.: JW. 1914, 976 [5]; 1913, 734 [2]).

II. Inzwischen ist diese nationalsozialistische Rechtsauffassung durch eine Maßnahme des Preiskommissars über Verdingungskartelle auch gesetzlich verankert. Nach der VO. vom 29. März 1935 sind alle Verhandlungen oder Vereinbarungen unter Bewerbern über die Abgabe oder Nichtabgabe von Geboten, Preisforderungen, Gewinnbeteiligungen, Festsetzungen oder Empfehlungen von Preisen, Entrichtung von Ausfallentschädigungen bei Vergebung öffentlicher Aufträge ohne Genehmigung der Behörde für nichtig erklärt und unter Strafe gestellt. Dementsprechend wird eine Vereinbarung der Art, wie sie das Urteil behandelt, auch aus diesem Rechtsgrunde in Zukunft nichtig sein.

RA. Dr. Hans Peter Danielcik, Berlin.

Schiedsgericht Hamburg

30. Versagung der Devisengenehmigung; Einfluß auf den Fortbestand schwebender Verträge.

Die Bekl. kaufte von der Kl. kalifornische Walnüsse cif Hamburg, Abruf August. Am 21. Aug. 1934 rief sie die Ware ab und fügte bei: „Zahlung erfolgt netto Kasse gegen Dokumente." Sie nahm jedoch die im Sept. 1934 angedienten Dokumente mangels Devisengenehmigung nicht auf. Auf Schadensersatz verklagt, beantragte sie zunächst Aussetzung des Verfahrens bis zur Entsch. der Devisenstelle (§ 39 Ges. betr. Devisenbewirtschaftung v. 4. Febr. 1935), im übrigen Klageabweisung, da höhere Gewalt vorliege. Verurteilung, Gründe:

1. Der Aussetzungsantrag muß abgelehnt werden. Maßgebend ist nicht § 39, sondern § 40. Dieser bestimmt, im schiedsgerichtlichen Verfahren könne der Vollstreckbarkeitsbeschluß erst ergehen, wenn die erforderliche Genehmigung erteilt ist. Daraus folgt, daß das schiedsgerichtliche Verfahren durch Vergleich oder durch Schiedsspruch abgeschlossen werden kann, ohne daß eine Genehmigung beizubringen wäre.

2. Die Auffassung des Schiedsgerichts deckt sich mit dem Standpunkt, den die Reichsstelle für Devisenbewirtschaftung in ihrem Runderlaß v. 16. Jan. 1935 eingenommen hat. Grundsätzlich stellt die Reichsstelle fest, daß der Anspruch des ausländischen Exporteurs auf Schadensersatz dann unbegründet ist, wenn die Nichterfüllung des Vertrages auf die mangelnde Devisenzuteilung oder andere Maßnahmen der Devisenbewirtschaftung zurückzuführen ist. Andererseits wird jedoch festgestellt, daß der Anspruch auf Schadensersatz dann gerechtfertigt ist, wenn den deutschen Schuldner ein Verschulden trifft, darüber hinaus aber auch dann, wenn nach Gesetz oder auf Grund besonderer Verkaufsbedingungen eine Haftung übernommen ist, die ein schuldhaftes Verhalten des Schuldners nicht voraussetzt. In Übereinstimmung mit diesem Runderlaß stellt das Schiedsgericht fest, daß die Devisenrestriktionen grundsätzlich als höhere Gewalt anzusehen sind, die gem. § 323 BGB. die Ausführung des Vertrages unmöglich machen und beide Vertragsparteien von ihren Leistungen befreien. In jedem einzelnen Fall ist jedoch zu prüfen, ob ein schuldhaftes Verhalten einer Vertragspartei vorliegt oder ob eine Vertragspartei bei oder nach Abschluß des Vertrages eine bestimmte Erfolgshaftung übernommen hat. Ein schuldhaftes Verhalten des Importeurs liegt insbes. dann vor, wenn er bei Abschluß des Vertrages die Unmöglichkeit der Ausführung desselben gekannt hat oder hätte erkennen müssen, oder wenn er bei Abwicklung des Vertrages Erklärungen abgegeben hat, die er mit Rücksicht auf die veränderte Rechtslage, insbes. die Erschwerung der Devisenbeschaffung, nach Sachlage nicht hätte abgeben dürfen. Der letztere Fall ist hier gegeben. Die Bekl. hat am 21. Aug., zu einem Zeitpunkt, als die Ausnutzungsquote für die Kassakontingente bereits auf 5% zusammengeschrumpft war und äußerst gefährdet erschien, die klare Erklärung abgegeben, daß sie „netto Kasse gegen Dokumente" zahlen wolle und daß die Abladungen kontraktgemäß vorzunehmen seien. Auf Grund dieser präzisen Erklärung ist die Kl. verpflichtet gewesen, die Abladungen kontraktgemäß vorzunehmen. Der Ablader wird durch die deutsche Gesetzgebung in gleicher Weise wie der Importeur geschützt. Wenn nach Abschluß des Kontraktes eine wesentliche Veränderung der Rechtslage, insbes. eine erhebliche Erschwerung der Devisenzuteilung an den deutschen Importeur, eintritt, so kann er sich darauf berufen, daß ihm die Ausführung des Vertrages mit Rücksicht auf die starke Gefährdung der Erfüllung desselben nicht zugemutet werden könne. Der Ablader ist jedoch nicht berechtigt, schlechthin sich von seinen Vertragsverpflichtungen zu lösen. Die Verpflichtung eines jeden Kontrahenten zur Vertragstreue macht es erforderlich, daß der Ablader sich bei Abrufgeschäften zunächst mit dem Importeur ins Benehmen setzt und diesen auffordert, eine klare Verladedisposition zu erteilen und eine präzise Erklärung über die bestehenden bzw. nicht bestehenden Erfüllungsmöglichkeiten abzugeben. Fällt die Erklärung des Importeurs unbefriedigend aus, so steht dem Ablader das Recht zu, von dem Vertrag zurückzutreten. Fordert der Importeur jedoch den Ablader zur Verladung auf und gibt er ihm gegenüber eine den Umständen nach befriedigende Erklärung über die Erfüllungsmöglichkeiten ab, so ist der Ablader, wenn er in die Bonität des Importeurs keinen Zweifel zu setzen braucht, verpflichtet, den Kontrakt zur Ausführung zu bringen und ordnungsgemäß abzuladen. Einen Anspruch darauf, daß im Zeitpunkt der Abladung bereits alle Voraussetzungen für die Devisenzahlung gegeben sind, hat der Ablader nicht. Insbes. kann der Ablader nicht verlangen, daß bereits im Zeitpunkt der Abladung die Einfuhrgenehmigung der zuständigen Überwachungsstelle vorliegt. Nach Treu und Glauben sind für den Ablader ausschlaggebend die Erklärungen, die der Importeur abgibt. Besteht unter Beobachtung dieser Grundsätze eine Verpflichtung des Abladers, den Vertrag zu erfüllen, so muß er auf der anderen Seite auch dagegen geschützt werden, daß der deutsche Importeur Erklärungen abgegeben bzw. Dispositionen erteilt hat, die als fahrlässig angesehen werden müssen. Die Erklärung der Bekl. v. 21. Aug. 1934 ist nun aber fahrlässigerweise abgegeben worden. Denn die Bekl. hätte am 21. Aug. unbedingt erkennen müssen, daß es ihr nicht möglich wäre, unter Inanspruchnahme ihres Kontingents ihre Zahlungsverpflichtungen am Fälligkeitstermin zu erfüllen. Das Kassakontingent der Bekl. hat per Aug. 1934 nur monatlich etwa 2000 *RM* betragen. Sie hätte demnach damit rechnen müssen, daß sie noch weit über das Jahr 1935 hinaus die Fakturenbeträge durch monatliche nachträgliche Zahlungen hätte abdecken müssen. Unter den Parteien sind jedoch keine Vereinbarungen über eine ratenweise Zahlung getroffen. Auch hat die Bekl. keinerlei Mitteilung davon gemacht, daß ihr Antrag auf Devisenzuteilung für Aug. und Sept. 1934 gescheitert und damit die Möglichkeit der Ausführung des Kontraktes gemäß ihrer Zusage v. 21. Aug. 1934 stark gefährdet sei. Auch hierin liegt ein erhebliches Verschulden der Bekl....

(SchiedsG. Hamburg, Schiedsspruch v. 26. Febr. 1935, Mitt. IHK. Hamburg 1935, S. 391.)

Ber. von OLGR. Prof. Reichel, Hamburg.

Reichsfinanzhof

Berichtet von den Senatspräsidenten Arlt und Bodenstein und den Reichsfinanzräten Ott und Sölch

[>< Wird in der amtlichen Sammlung der Entscheidungen des Reichsfinanzhofs abgedruckt]

31. §§ 232 Abs. 1, 235 Nr. 1 RAbgO. 1931.

1. Auch unter der Herrschaft der RAbgO. 1931 gilt der Grundsatz, daß eine Rechtsmittelentscheidung nur angefochten werden kann, wenn der Rechtsmittelführer durch das in der Entsch. zusammengefaßte Ergebnis, nicht etwa nur durch die Begr. der Entsch. beschwert ist (vgl. RFH. 4, 172), und daß ausnahmsweise eine Anfechtung nur der Gründe einer Entsch. insoweit zulässig ist, als diese Gründe Feststellungen enthalten, die für andere Steuern oder für steuerrechtliche Verwaltungsmaßnahmen bindend sind (vgl. RFH. 13, 227; 14, 114; 25, 270).

2. Die in einem Rechtsmittelverfahren wegen der Veranlagung zur Körperschaftsteuer getroffene Verlustfeststellung ist weder für die Bemessung des vom Gewinn des folgenden Steuerabschnitts abzugsfähigen Verlustvortrages noch für die Bemessung des zur preußischen Gewerbeertragsteuer heranzuziehenden Gewerbeertrags bindend.†)

(RFH., 1. Sen., Urt. v. 20. Febr. 1935, I A 270/34.)

Anmerkung: Die Entsch. des RFH. befaßt sich mit zwei wichtigen Fragen, nämlich:

1. wann eine Beschwer im Sinne des steuerlichen Rechtsmittelrechts vorliegt und
2. mit der steuerlichen Rechtskraftwirkung von Feststellungen steuerlicher Vorjahresbescheide.

1. Der StPfl. kann einen Steuerbescheid nur anfechten, wenn er sich entweder durch die Höhe der festgesetzten Steuer oder durch die Bejahung der Steuerpflicht beschwert fühlt (§ 232 RAbgO.). Hieraus folgt, daß nur die Ergebnisse der Steuerbescheide, nicht aber die Begründungen anfechtbar sind (RFH. 4, 176). Diese Feststellung folgt aus der Wortfassung, dem Zweck und dem Aufbau des Rechtsmittelverfahrens.

Wer durch die Entsch. alles erreicht hat, was er erreichen konnte, ist nicht mehr beschwert. Die Rechtsmittelverfahren würden geradezu bis ins Ungemessene sich vervielfachen, wenn auch eine Anfechtung der Entscheidungen wegen Nichteinverstandenseins mit den Gründen erfolgen könnte. Allein, auch im Steuerverfahren wirken in einzelnen Fällen steuerliche Feststellungen in den Entscheidungsgründen auf andere Steuern oder steuerrechtliche Verwaltungsmaßnahmen ein.

Hier ist in der Tat der StPfl. auch durch die Gründe steuerlicher Entscheidungen beschwert. So hat der RFH. durch Urt. v. 27. Febr. 1924 (RFH. 13, 229) z. B. an den Fall gedacht, daß ein Vermögensanfall an den Pflichtigen auf seine Berufung hin von der Schenkungsteuer freigestellt wurde und der Pflichtige nunmehr zur Erkenntnis kommt, daß ein nicht unter die Schenkungsteuer fallender Anfall der viel höheren Einkommensteuer unterliegt. Aber auch eine Konkurrenz zwischen der Schenkungsteuerpflicht und der Grunderwerbsteuerpflicht ist denkbar, wenn es bei einem Vorgang zweifelhaft ist, ob er als Kauf ausschließlich der Grunderwerbsteuer oder als gemischte Schenkung zum Teil der Schenkungsteuer unterliegt.

Jedenfalls kann der StPfl. innerhalb des Verfahrens seine Rechtsmeinung ändern, ja sogar geltend machen, daß von Amts wegen über seinen Antrag hätte hinausgegangen werden müssen (RFH. 6, 13).

In den vorbezeichneten beiden Fällen würde die steuerliche Begründung auch steuerliche Verwaltungsmaßnahmen nach sich ziehen, und zwar würde bei Freistellung von der Schenkungsteuer eine Einkommensteuerveranlagung folgen bzw. bei der Freistellung von der Grunderwerbsteuer eine Schenkungsteuerveranlagung oder auch in beiden Fällen umgekehrt.

Wenn steuerlich die zunächst erfolgte Entsch. der Steuerfreistellung von einer Steuerart noch nicht Rechtskraft macht für die Steuerpflicht der zweitmöglichen Beurteilungsweise, so ist dennoch das sicher folgende Steuerfestsetzungsverfahren hinsichtlich der zweitmöglichen Betrachtungsweise eine Beschwer. In solchen Fällen ist daher ein Rechtsmittel auch gegen freistellende Entscheidungen gegeben (RFH. 14, 115). Es handelt sich in der erwähnten Entsch. um einen Fall, in welchem im Rechtsmittelverfahren darum gestritten wurde, ob bestimmte Einnahmen als gewerbliches Einkommen oder sonstiges Einkommen anzusehen seien. Die Rückwirkung bestand darin, daß für die Gewerbesteuer der von den Reichssteuerbehörden ermittelte gewerbliche Einkommensbetrag (für Württemberg) zugrunde gelegt wurde. Außerdem wurde auch die Festsetzung der Höhe der damals geltenden Rhein-Ruhrabgabe von der Feststellung der Höhe des gewerblichen Einkommens abhängig gemacht. Diese Rspr. ist durch RFH. 25, 270 und durch das heute zur Besprechung stehende Urt. aufrechterhalten worden, so daß insoweit eine einheitliche Judikatur besteht. Sie ist unbedingt zu billigen, da sie den praktischen Bedürfnissen weitgehendst entspricht.

2. Die Gründe finanzamtlicher Entscheidungen nehmen an der Rechtskraft nicht teil. Hieraus folgt, daß auch die Unterlagen, die die FinA. der Besteuerung zugrunde legen, ebenfalls nicht an der Rechtskraft teilnehmen (RStBl. 1929, 82 u. 280). Infolgedessen ist in einem neueren steuerlichen Veranlagungsverfahren der StPfl. nicht an die Unterlagen der Vorjahrsperiode gebunden.

Eine so enge Verknüpfung dergestalt, daß alle Steuerunterlagen eines Jahres auch für die Besteuerung des nächsten Jahres bindend sind, gibt es im Reichssteuerrecht nicht. (Diese Feststellung hat nichts zu tun mit der Bilanzänderungseinschränkung des § 5 Abs. 2 EinkStG.)

Aus der Tatsache, daß die Unterlagen nicht in Rechtskraft übergehen, wird vom RFH. weiter gefolgert, daß nach der jetzt geltenden Ausgestaltung der preuß. Gewerbeertragsteuer auch im preuß. Verfahren eine besondere Ermittlung des gewerblichen Gewinnes zu erfolgen hat. Eine **verfahrensrechtliche** Verbindung zwischen der Feststellung des gewerblichen Einkommens nach den Reichssteuergesetzen und nach der preuß. Gewerbesteuer ist bisher nicht eingeführt. Lediglich sind für die materielle Ermittlung des Umfangs der Steuerpflicht im wesentlichen die gleichen **sachlichen** Bestimmungen anwendbar, verfahrensrechtlich aber in zwei Steuerverfahren zu ermitteln.

Der Standpunkt des RFH. ist steuerrechtlich richtig; aber es dürfte glücklicherweise damit zu rechnen sein, daß im Zuge der voraussichtlich 1940 beendeten Steuerreform, wahrscheinlich schon mit Wirkung v. 1. April 1937 ab, auch ein einheitliches Verfahren eingeführt wird; denn es ist ein alter berechtigter und von der Reichsfinanzverwaltung anerkannter Wunsch der StPfl., daß die Vielzahl der Steuerfestsetzungsverfahren und der Steuerfestsetzungsbehörden möglichst verringert wird.

Es besteht keinerlei Grund, zwei Behörden mit der Ermittlung des gleichen gewerblichen Einkommens zu befassen.

RA. Dr. Dr. **Megow**, Küstrin.

*

32. § 12 Abs. 1 Satz 3 EinkStG. **Ein Rechtsanwalt, der nach § 12 Abs. 1 Satz 3 EinkStG. mit dem Überschuß der Einnahmen über die Ausgaben veranlagt wird, kann Rückstellungen wegen drohender Regreßansprüche mit steuerlicher Wirkung nicht vornehmen.** †)

Der BeschwF., der den Beruf als RA. und Notar ausübt, versteuert nach Einnahmen und Ausgaben, ohne daß regelmäßige Abschlüsse gemacht werden. Er beansprucht für 1932 eine Rückstellung wegen drohender Haftpflichtverbindlichkeiten aus seiner Tätigkeit als Anwalt und Notar.

Außerdem sind streitig Autokosten, die er schätzungsweise auf 6000 *RM* angegeben hat, während das FinGer. nur 5000 *RM* zugebilligt hat, und Reisekosten, für die BeschwF. 1500 *RM* Absetzung verlangt, während das FinGer. nur 600 *RM* anerkennt.

Die RBeschw. ist im Ergebnis nicht begründet.

Die Aufzeichnungen des BeschwF. sind denkbar einfach. Er hat bis 31. Dez. 1932 nur die Einnahmen und nicht einmal die Ausgaben vollständig aufgezeichnet. Erst v. 1. Jan. 1933 ab sollen nach dem Prüfungsbericht des FinA. die Aufzeichnungen so geführt werden, daß sämtliche Einnahmen und auch die Ausgaben in entsprechenden Spalten in einem Kassenbuch festgehalten werden. Danach liegen regelmäßige Abschlüsse nicht vor. BeschwF. ist nach § 12 Abs. 1 Satz 1 EinkStG. lediglich nach dem Überschuß der Einnahmen über die Ausgaben zu veranlagen. Ein Korrektivposten für die Regreßansprüche kann aus den Erwägungen des Urt. v. 16. Mai 1934, VI A 1116/32 = JW. 1934, 2428[3]; StW. 1934 Nr. 487 = StBl. 1934, 904 nicht angesetzt werden, zumal hier völlig ungewiß ist, ob oder in welchem Umfange der BeschwF. wird zahlen müssen. Die Kraftwagenkosten hat das FinGer. mit Recht geschätzt, weil Nachweise nicht beigebracht worden sind. Diese Schätzung ist für den RFH. nach § 288 RAbgO. bindend.

Der BeschwF. greift aber mit Recht die Entsch. des FinGer. wegen der Reisekosten an. Das FinGer. hat statt der beantragten 1500 *RM* nur 600 *RM* zugelassen, weil die einem Anwalt erwachsenen Reisekosten im wesentlichen der Mandant trüge. Das mag zwar sachlich zutreffen, die daraus vom FinGer. gezogene Schlußfolgerung ist aber falsch. Allgemein erhält der RA. von seinen Mandanten die Reisekosten in gleicher Weise wie die Gebühren erstattet, nämlich auf besondere Liquidation hin. Dann erscheinen die Reisekosten aber in den Roheinnahmen, sie müssen deshalb auch unter den Ausgaben aufgeführt werden.

Gleichwohl muß es bei der Vorentscheidung verbleiben, da selbst wenn die 1500 *RM* voll abgezogen würden, die Steuerstufe die gleiche bliebe.

(RFH., 6. Sen., Urt. v. 13. Febr. 1935, VI A 758/34.)

Anmerkung: Hinsichtlich der Regreßrücklagen hat hiermit der RFH. erneut und ausdrücklich seinen bisherigen Standpunkt (Urt. v. 16. Febr. 1934: RStBl. 1934, 904) aufrechterhalten. Der bekräftigende Nachsatz: „zumal hier völlig ungewiß ist, ob oder in welchem Umfang der BeschwF. wird zahlen müssen", stand mit denselben Worten auch schon in dem angezogenen Urt. von 1934, obwohl nach dem damaligen Sachverhalt dem BeschwF. bereits im Jahre vorher die Geltendmachung der Regreßansprüche angedroht worden war, und obwohl im entscheidenden Steuerabschnitt selbst ein Schadensersatzprozeß sogar schon anhängig, also die Gefahr einer Regreßpflicht nicht mehr zu bestreiten war. Nach der Auffassung des RFH. kann die Gefahr einer Haftung auf Grund der freiberuflichen Tätigkeit nur im Rahmen des § 12 Abs. 1 Satz 1 und des § 13 EinkStG. durch Einstellung eines entsprechenden Passivpostens berücksichtigt werden, und zwar bereits in dem Jahre, in welchem die Gefahr der Regreßhaftung erkennbar entstanden ist. Im Rahmen des § 12 Abs. 1 Satz 3 dagegen läßt der RFH. die Berücksichtigung lediglich der direkten Ist-Einnahmen und der direkten Ist-Ausgaben gelten. Er stellt sich damit neuerdings, wenn auch nicht ausdrücklich in Gegensatz zu den Ausführungen **Beckers** in dessen Komm. des EinkStG., der hier feiner unterscheidet und damit zu einem für die freien Berufe billigeren Ergebnis kommt. **Becker** geht nämlich auf die ratio legis zurück, wenn er sagt: „Die Berücksichtigung der Ist-Einnahmen statt Soll-Einnahmen wird dem Gedanken gerecht, daß es sich um Vergütung einer persönlich ausgeübten Tätigkeit handelt, und daß es der Verkehrsauffassung nicht widerspricht, die Vergütung erst mit der Zahlung als zugeflossen anzusehen" (Bd. II S. 767). Daß dementsprechend auch nur die Ist-Ausgaben in der Regel berücksichtigt werden sollen, „hängt sehr eng damit zusammen, daß es sich bei den Ausgaben in der Hauptsache um laufend wiederkehrende, in der Regel gleichmäßig hohe Ausgaben handelt, und daß die Ausgaben nicht die Bedeutung haben, wie etwa die Wareneinkäufe der Kaufleute und die Rohstoffversorgung der Fabrikanten" (Bd. II S. 284). Die Berufshaftpflichtsummen jedoch gehören eben nicht zu diesen „regelmäßig wiederkehrenden Berufsausgaben" eines Anwalts, die alljährlich sich ungefähr auf derselben Höhe halten, sondern sind jeweils einmalige, ganz außergewöhnliche Ausgaben. Mit der Berufung auf die ratio legis kommt **Becker** folgerichtig zu dem Ergebnis, daß die Berücksichtigung der bloßen Ist-Einnahmen auf der Einnahmeseite es „. . . bei der Ausgabenseite nur rechtfertige, zur Ausgleichung laufend wiederkehrende Ausgaben, wie etwa Miete, Löhne u. dgl., erst bei der Verausgabung einzusetzen. Wenn aber ein Anwalt etwa wegen Fristversäumung für Schadensersatz in Anspruch genommen wird, muß dieser Vorfall im Betrieb ohne Rücksicht auf Buchung der Ist- oder der Soll-Einnahmen und ohne Rücksicht auf Fälligkeit berücksichtigt werden" (S. 767), also auch schon bei bloßer Gefahr, genau so wie in den Fällen der § 12 Abs. 1 Satz 1, § 13. Die Streitfrage ist nicht etwa durch die Neufassung des EinkStG., jetzt § 4 Abs. 2, beseitigt. Denn die nunmehr im Gesetz ausdrücklich festgelegte Möglichkeit, daß „wirtschaftlich ins Gewicht fallende Schwankungen im Betriebsvermögen, die in einem Wirtschaftsjahr ausnahmsweise auftreten, durch Zuschläge oder Abschläge berücksichtigt werden", war bisher schon Rechtsprechungspraxis des RFH. (vgl. RStBl. 1931, 448). Auf diese Möglichkeit hat jene Entsch. des Jahres 1934 sogar ausdrücklich Bezug genommen und dennoch gesagt: „Da aber hier völlig ungewiß ist, ob oder in welchem Umfang der BeschwF. wird bezahlen müssen, kann nicht anerkannt werden, daß eine Schwankung des Betriebsvermögens vorliege, die eines Ausgleichs durch Einsatz eines Korrektivpostens bedürfte. Es muß daher hier bei dem für die Berechnung des Überschusses der Einnahmen über die Ausgaben maßgebenden Grundsatz bleiben, daß eine Ausgabe erst dann vorliegt, wenn der Betrag tatsächlich ausgegeben worden ist." Diese stark formale und die freien Berufe einseitig be-

lastende Rechtsprechung verdiente eine ausdrückliche Überprüfung nach der ratio legis, wie dies Becker in seinem Kommentar bereits seit Jahren getan hat.

RA. Dr. Wille, München.

*

33. § 19a Ziff. 1 GrErwStG.; § 38 Abs. 3 Ziff. 1 FinAusglG. **Die Steuervergünstigungen des § 19a Ziff. 1 GrErwStG. und des § 38 Abs. 3 Ziff. 1 FinAusglG. greifen auch dann Platz, wenn bei Umwandlung einer AktG. in eine GmbH. auf Grund eines Einbringungsvertrags das Eigentum an den zum Vermögen der AktG. gehörenden Grundstücken gemäß § 81 GmbHG. von Rechts wegen übergeht.** †)

Die Firma B. und S. AktG. ist durch Beschluß ihrer GenVers. am 3. Juni 1933 zum Zwecke der Umwandlung in eine GmbH. aufgelöst worden. Die beiden Aktionäre B. und S. haben sich mit ihrem gesamten Aktienbesitz an der von ihnen an demselben Tag zwecks Fortbetriebs des Unternehmens errichteten B. und S. GmbH., der Beschwerdegegnerin, beteiligt Die Eintragungen in das Handelsregister sind am 23. Juni 1933 erfolgt. Für den damit eingetretenen Eigentumsübergang der drei Gesellschaftsgrundstücke hat die Steuerstelle 3% Reichssteuern und 2% Gemeindezuschlag von 279 627 *RM* Einheitswert, insgesamt 13 981,30 *RM* Steuern festgesetzt. Die Beschwerdegegnerin beansprucht nach § 19a Ziff. 1 GrErwStG. und § 38 Abs. 3 FinAusglG. Herabsetzung der Hauptsteuer auf 2% und Wegfall des Zuschlags, d. h. Ermäßigung der Gesamtsteuer auf 5592,50 *RM*. Die Steuerstelle hat die Steuervergünstigung versagt, weil die Gesetze den Fall der Umwandlung einer AktG. in eine GmbH. nicht erwähnten und hierbei auch keine Grundstücke „eingebracht“ würden. Das FinGer. hat der Beschwerdegegnerin die Steuervergünstigung zugebilligt. Hiergegen richtet sich die RBeschw. der Steuerstelle.

Derselben kann nicht stattgegeben werden, da dem BU. beizutreten ist.

Nach § 19a Ziff. 2 GrErwStG. und § 38 Abs. 3 Ziff. 1 FinAusglG. ermäßigt sich die Grunderwerbsteuer auf 2% und dürfen Zuschläge nicht erhoben werden, wenn Grundstücke in eine Kapitalgesellschaft (§ 3 KapVerkStG.) gegen Gewährung von Gesellschaftsrechten eingebracht werden. Die RBeschw. rügt Verletzung dieser Gesetzesvorschriften, weil im vorl. Fall das Eigentum an den Grundstücken der B. und S. AktG. auf die GmbH., die Beschwerdegegnerin, nach § 81 des Gesetzes betr. die Gesellschaften mit beschränkter Haftung von Rechts wegen, also kraft Gesetzes übergegangen sei und daher kein „Einbringen“ von Grundstücken i. S. des § 19a GrErwStG. und § 38 FinAusglG. vorliege. Denn ein Einbringen im Sinne dieser Gesetzesvorschriften setze einen Übertragungsakt voraus, der hier fehle.

Diese Ausführungen sind rechtsirrtümlich. Mit dem Generalversammlungsbeschluß v. 6. März 1933 ist die B. und S. AktG. aufgelöst und in die B. und S. GmbH. umgewandelt worden. Dieser Rechtsakt enthält also einerseits die Auflösung der AktG. und andererseits die Neuerrichtung der GmbH. Der Rechtsakt ist in seinem zweiten Teil gleichzeitig der Gesellschaftsvertrag, der die Errichtung der GmbH. zum Gegenstand hat, und stellt nach seinem Inhalt einen schuldrechtlichen Einbringungsvertrag der Gründer der GmbH. dar, und zwar mit der ausdrücklichen Verpflichtung der Gründer, auf ihre Stammeinlage in der GmbH. das Vermögen der aufgelösten AktG. als Sacheinlage an Stelle von Bargeld einzubringen. Schuldrechtlich ist daher ein „Einbringen“ des Vermögens der AktG. in die GmbH. gegen Gewährung von Gesellschaftsrechten gegeben.

Um das Einbringungsgeschäft sachenrechtlich zu verwirklichen, gibt das Gesetz betr. die GmbH. den Beteiligten unter den Voraussetzungen des § 80 dieses Gesetzes, die hier unstreitig zutreffen, zwei Wege. Die Aktionäre können nach der Auflösung der AktG. die Liquidation durchführen und das Vermögen unter sich verteilen (§§ 294 ff., 300 HGB.). In diesem Falle bedarf der Übergang des Vermögens auf die GmbH. der gesetzlich vorgeschriebenen Übertragungsakte, bei Grundstücken der Auflassung und Eintragung im Grundbuch. Daß bei der Wahl dieses Weges der Tatbestand des Einbringens von Grundstücken gegen Gewährung von Gesellschaftsrechten i. S. des § 19a Ziff. 1 GrErwStG. und § 38 Abs. 3 FinAusglG. zutrifft, bestreitet die beschwerdeführende Steuerstelle selbst nicht.

Die Beteiligten können aber den schuldrechtlichen Einbringungsvertrag unter den Voraussetzungen des § 80 des Gesetzes betr. die GmbH. auch in der Weise verwirklichen, daß sie die Liquidation der AktG. unterlassen. Wird dieser Weg eingeschlagen wie hier, so geht gem. § 81 GmbHG. das Vermögen der aufgelösten AktG. mit der Eintragung der GmbH. in das Handelsregister von Rechts wegen auf diese über, d. h., es bedarf zum Übergang des Vermögens keiner besonderen Rechtsakte mehr, bei Grundstücken insbes. keiner Auflassung und Eintragung. Dieser zweite Weg ist den Beteiligten nicht aus sachenrechtlichen Gründen eröffnet worden, sondern um ihnen das Umwandlungsgeschäft zu erleichtern und um ihnen Kosten zu ersparen (vgl. Brodmann, Komm. zum GmbHG., 1930, § 81). Es kann nun unmöglich dem Sinn und Zweck des § 19a GrErwStG. und § 38 Abs. 3 FinAusglG. entsprechen, wollte man, wenn für das Einbringen von Grundstücken in die umgewandelte GmbH. der erleichterte Weg gewählt wird, diesen Weg höher zur Steuer heranziehen als den umständlicheren Weg. Die Steuervergünstigung der beiden Gesetzesvorschriften muß daher auch dann gewährt werden, wenn bei Umwandlung einer AktG. in eine GmbH. das Eigentum an dem zum Vermögen der AktG. gehörenden Grundstücken gem. § 81 GmbHG. kraft Gesetzes übergeht. Der Übergang des Eigentums der Grundstücke kraft Gesetzes muß in diesem Fall der rechtsgeschäftlichen Übertragung gleichstehen. Denn der Grund der Steuervergünstigung ist nicht die Rechtsform des Einbringens, sondern die Tatsache, daß die Grundstücke der aufgelösten Gesellschaft gegen Gewährung von Gesellschaftsrechten in das Eigentum der GmbH. übergegangen sind.

Bei dieser Sachlage bedarf es keiner weiteren Erörterung mehr darüber, warum in § 19a GrErwStG. und § 38 Abs. 3 FinAusglG. der Fall der Umwandlung einer Kapitalgesellschaft in eine Kapitalgesellschaft anderer Rechtsform nicht ebenso besonders hervorgehoben worden ist, wie in dem gleichzeitig Gesetz gewordenen § 12 Ziff. 3 KapVerkStG.

(RFH., 2. Sen., Urt. v. 14. Dez. 1934, II A 17/34.)

Anmerkung: Das Urteil ist vom Standpunkt des Rechts, der Billigkeit und der wirtschaftlichen Einsicht zu begrüßen, seinen Ergebnissen ist lediglich beizutreten. Für die Praxis wird die Entsch. seltener bedeutsam werden, weil die Umwandlung einer AktG. in eine GmbH. nur vereinzelt vorkommt. Es gehört zu den bekannten Unstimmigkeiten der einschlägigen Gesetzgebung, daß für den seltenen Fall der Umwandlung einer AktG. in eine GmbH. der Vermögensübergang im Wege der Gesamtrechtnachfolge gesetzlich vorgesehen ist, nicht aber in dem häufigen und für die Praxis ungleich wichtigeren umgekehrten Fall. Der Umstand aber, daß die hier besprochene Entsch. überhaupt ergehen mußte, beweist, daß die Neigung immer noch lebt, durch ein Spiel mit Begriffen — so hier mit dem Wort „Einbringen“ — den Sinn des Gesetzes zu ersticken.

RA. Dr. Bergschmidt, Berlin.

Reichspatentamt

Berichtet von den Oberregierungsräten Dr. Giese und Bindewald, Berlin

[** Wird in der amtlichen Zeitschrift „Blatt für Patent-, Muster- und Zeichenwesen“ abgedruckt]

****34.** §§ 3 Abs. 1, 28 ff. PatG.; Art. 4 Unionsvertrag. **Im Nichtigkeitsverfahren ist nicht nachzuprüfen, ob bei der Anmeldung eines Patents die Unionspriorität in der vorgeschriebenen Form beansprucht worden ist. Der Nachweis der Übertragung des Prioritätsrechts kann auch noch im Nichtigkeitsverfahren erbracht werden. Der amerikanischen Reissue-Anmeldung kommt neben der Stammanmeldung selbständige, prioritätbegründende Wirkung nicht zu.**

Der Gegenstand des angegriffenen Patents ist zwar durch die amerikanische Patentschrift 1 201 414, die denselben in den Vereinigten Staaten von Amerika zuerst angemeldeten Gegenstand betrifft, vollinhaltlich bekannt geworden. Diese Patentschrift scheidet aber als entgegenstehende Vorveröffentlichung aus, wenn dem angegriffenen Patent die auf Grund der entsprechenden amerikanischen Anmeldung in Anspruch genommene Priorität v. 1. Mai 1916 zukommt. Auf die Behauptung der Kl., daß die Anmelderin des angegriffenen Patents die Priorität nicht in der vorgeschriebenen Form in Anspruch genommen habe, braucht hierbei nicht eingegangen zu werden; denn es ist anerkannten Rechtes, daß im Nichtigkeitsverfahren diese Frage nicht nachzuprüfen ist (vgl. PatMustZeichBl. 1926, 221 und MittPatA. 1932, 181). Es ist somit allein zu prüfen, ob die Anmelderin zur Zeit der Anmeldung des Streitpatents tatsächlich Inhaberin des Prioritätsrechtes v. 1. Mai 1916 war. Das ist der Fall.

Die Reissue-Anmeldung hat keine selbständige prioritätbegründende Wirkung i. S. des Unionsvertrages (vgl. AnmAbt. VIII v. 26. Sept. 1905: PatMustZeichBl. 1906, 32). Prioritätsbegründend kann nur die Stammanmeldung sein, die im vorl. Fall den Anmeldetag v. 1. Mai 1916 hat. Die Prioritätserklärung ist bei der

Anmeldung durch die Angabe über Zeit und Land der Reissue-Anmeldung erfolgt. Der Berichtigungsbeschluß der Prüfungsstelle v. 3. März 1927, der alsdann die Inanspruchnahme der Priorität v. 1. Mai 1916 festgestellt hat, unterliegt im vorliegenden Verfahren gleichfalls nicht der Nachprüfung.

Über den Zeitpunkt, wann die Rechtsnachfolge in das Prioritätsrecht nachzuweisen ist, ist weder dem Unionsvertrag noch sonstigen gesetzlichen Best. etwas zu entnehmen. Wie in der Entsch. der BeschwAbt. v. 16. Dez. 1905 (PatMustZeichBl. 1906, 127, bes. S. 129, r. Sp. Abs. 3) ausgeführt ist, kann der Beweis jederzeit nachgeholt werden. Nun hatte die Anmelderin bei Anmeldung des Streitpatents eine Erklärung des Inhabers der amerikanischen Anmeldung, deren Priorität in Anspruch genommen wird, eingereicht, die indessen nicht als Nachweis für die Übertragung des Prioritätsrechts angesehen werden kann, da sie im Text unvollständig ist und unumgänglich notwendige Angaben darin fehlen. Die im Nichtigkeitsverfahren eingereichte eidesstattliche Erklärung des F. D. W. v. 26. Juni 1934 behebt die Mängel. Nach ihr hat der Anmelder des amerikanischen Patents 1 201 414 das Prioritätsrecht für Deutschland am 7. Juni 1920 oder vorher an die Anmelderin des Streitpatents übertragen, also innerhalb der Prioritätsfrist, die bis zum 3. Sept. 1921 lief (§ 1 der Bek. v. 6. Juli 1921: PatMustZeichBl. 1921, 151). Bedenken gegen die Richtigkeit dieser Erklärung bestehen nicht und sind auch von der Kl. nicht geltend gemacht worden. Daß die Erklärung erst im Laufe des Nichtigkeitsverfahrens ausgestellt worden ist, hindert nicht, sie als Beweismittel für die Übertragung des Rechts zu verwerten.

Kommt hiernach dem Streitpatent die Priorität v. 1. Mai 1916 zu, so scheiden die amerikanische Patentschrift 1 201 414 und die deutsche Patentschrift 306 830, deren Anmeldetag später liegt, als Veröffentlichungen aus . . .

(RPatA., NichtigkSen., Entsch. v. 1. Nov. 1934, B 95051 XII/47e.)

[Dr. G.]

*

**** 35.** § 4 Ziff. 3 WbzG. Versagung des Warenzeichenschutzes für das Wort „Tannenberg" als eines nationalen Symbols.

1. Beanstandungsbescheid der Prüfungsstelle für die Klasse 22 b Wz v. 29. Sept. 1934:

Das angemeldete Zeichen stellt den Namen einer großen Schlacht in den masurischen Seen dar und ist der Name der letzten Ruhestätte des verewigten RPräs. und Generalfeldmarschalls von Hindenburg. Der Name „Tannenberg" wird in allen Volkskreisen als nationales Symbol angesehen, und es würde nicht verstanden werden bzw. Ärgernis erregen, wenn dieser Name zu privatgeschäftlichen Zwecken eines Einzelnen geschützt würde.

Das Zeichen wird daher voraussichtlich gem. § 4 Ziff. 3 WbzG. abgewiesen werden, wobei bemerkt wird, daß die Eintragung dieses Zeichens schon wiederholt abgewiesen wurde.

2. Beschluß der Prüfungsstelle v. 12. Nov. 1934:

Die Anmeldung des Wortzeichens „Tannenberg" wird aus den im Bescheid v. 29. Sept. 1934 angegebenen Gründen, welche durch die Ausführungen der Anmelderin v. 19. Okt. 1934 nicht widerlegt sind, zurückgewiesen.

Die Anmelderin gründet ihre von der Prüfungsstelle abweichende Ansicht über die Schutzfähigkeit des angemeldeten Wortes „Tannenberg" in der Hauptsache auf die beiden älteren Eintragungen Nr. 275 512 und Nr. 406 430, die ebenfalls aus dem Worte „Tannenberg" bestehen und für Waren geschützt sind, deren Kennzeichnung durch ein Symbol nach Ansicht der Anmelderin noch weniger mit den nationalen Belangen vereinbar sei als bei den Rundfunkempfangsgeräten der Anmeldung. Letzteres mag richtig sein, kann aber dahingestellt bleiben. Die Anmelderin übersieht, daß die beiden älteren Zeichen aus den Jahren 1921 und 1929 stammen, mithin aus einer Zeit, in der bei der allgemeinen laxen Einstellung zu vaterländischen Dingen das Empfinden für ideelle nationale Werte nicht so geschärft war. Ist doch auch das Gesetz zum Schutze nationaler Symbole v. 19. Mai 1933 erst aus dem Gedankengut der nationalsozialistischen Weltanschauung entstanden. Das Zeichen Nr. 275 512 ist überdies bereits seit Ende 1931 erloschen.

Die Prüfungsstelle ist davon ausgegangen, daß jedenfalls alle diejenigen Bezeichnungen als nationale Symbole anzusehen und daher dem auf Erwerb gerichteten geschäftlichen Leben fernzuhalten sind, die in ihrer Bedeutung einem Zeitalter das Gepräge gegeben haben oder Inbegriff einer gewissen Hochzeit nationalen Lebens geworden sind, sich also diese Zeit gewissermaßen in dem betr. Wort sprachlich verkörpert findet. Daß das Wort „Tannenberg" ein Sinnbild, wenn nicht das Sinnbild der Epoche des Weltkrieges für deutsche Anschauung bildet, vielleicht weil sich hier aus dem Erfolge der Waffen am sinnfälligsten die Segnungen für die Heimat ergaben, bedarf keiner weiteren Begr. Dann aber kann es keinen Unterschied machen, für welche wirtschaftlichen Güter der Zeichenschutz erstrebt wird, wenn er auch um so unmöglicher wird, je niedriger nach allgemeiner Bewertung die menschlichen Bedürfnisse sind, die mit den fraglichen Warengütern befriedigt werden sollen.

Als rein geographischer Begriff ist das angemeldete Wort „Tannenberg" von der Prüfungsstelle nicht beanstandet worden. Insoweit sind die Ausführungen der Anmelderin gegenstandslos.

Wie geschehen, war danach dem angemeldeten Wort die Eintragung gem. § 4 Ziff. 3 WbzG. zu versagen.

3. Entsch. des 12. Beschwerdesenats v. 28. Jan. 1935:

Die Beschw. der Anmelderin gegen den Beschluß der Prüfungsstelle für Klasse 22 b Wz v. 12. Nov. 1934 wird zurückgewiesen.

Dem angefochtenen Zurückweisungsbeschlusse und seiner Begr. war entgegen dem Beschwerdevorbringen der Anmelderin beizutreten. Die Auffassung der Prüfungsstelle entspricht durchaus der Übung des RPatA., wie sie sich insbes. im Gefolge des RGes. zum Schutze der nationalen Symbole v. 19. Mai 1933 entwickelt hat.

Zur Stützung ihrer Beschw. weist die Anmelderin u. a. darauf hin, „daß es in Deutschland noch Hunderte von anderen Städten und Orten gibt, die auf irgendeine Weise, sei es durch eine frühere Schlacht, ein Denkmal oder sonst einen nationalen oder geschichtlichen Vorgang irgendwie wichtig geworden sind". Die Anmelderin erinnert hierbei an Orte wie Potsdam, Hohenfriedberg, Leipzig, Versailles, Regensburg (wegen der Walhalla) und Nürnberg als die Stadt der Parteitage. Gemäß dem Standpunkte der Prüfungsstelle, so meint die Anmelderin, dürfte dann kein Warenzeichen mehr eingetragen werden, das einen dieser Ortsnamen enthält. Hieran ist nur soviel richtig, daß ein Ortsname nicht etwa schon deshalb als anstößig i. S. des Gesetzes von der Warenzeichenrolle fernzuhalten ist, weil sich an den Ort irgendeine beliebige geschichtliche Erinnerung knüpft. Voraussetzung für die Anwendung des § 4 Ziff. 3 WbzG. (Verbot der Eintragung ärgerniserregender Angaben) in Fällen der vorl. Art ist vielmehr, daß im Einzelfalle aus besonderen — hier ohne jeden Zweifel gegebenen — Gründen zu erwarten steht, daß beachtlich große Kreise vaterländisch Gesinnter an einer rein geschäftlichen Ausnutzung besonders denkwürdiger, jedem Deutschen heiliger Namen Anstoß nehmen werden.

Ob der Anmelderin, wie sie angibt, bisher noch keine Klage wegen der Verwendung der Bezeichnung „Tannenberg" für ihre Erzeugnisse zu Ohren gekommen sind, ist unbeachtlich, zumal sie das angemeldete Wort nach ihrer eigenen Angabe erst seit einigen Monaten benutzt.

(RPatA., 12. BeschwSen., Entsch. v. 28. Jan. 1935, S 34 795/22 b Wz.)

[Bd.]

*

36. §§ 5, 6, 20 WbzG. Zur Frage der Verwechslungsgefahr. „Maschenzauber" als Kennzeichnung für Strümpfe verwechselbar mit „Zauberfäden". Einfluß der begrifflichen Verwandtschaft.

Das angemeldete Wort „Maschenzauber" wird ebenso wie das Widerspruchszeichen „Zauberfäden" von dem Wort „Zauber" als seinem wesentlichsten, da allein schutzfähigen Bestandteil beherrscht; denn in beiden Zeichen stellt der weitere Bestandteil („Maschen" und „Fäden") nur einen phantasielosen Hinweis auf die mit dem Zeichen versehene Ware dar. Dazu kommt die nahe begriffliche Verwandtschaft der beiden Gesamtzeichen. Denn zwischen einem Strumpf mit zauberhaften Maschen und einem Strumpf mit zauberhaften Fäden besteht kein nennenswerter Unterschied. Ohne Fäden keine Maschen! Der Verkehr wird sich daher beide Zeichen an dem Worte „Zauber" merken und so leicht zu Verwechslungen kommen. Somit liegt zeichenrechtliche Übereinstimmung i. S. der §§ 5 und 20 WbzG. vor.

Bei der unbestritten und unzweifelhaft vorhandenen Warengleichartigkeit war sonach die Eintragung des angemeldeten Zeichens zu versagen.

(RPatA., 12. BeschwSen., Entsch. v. 21. Febr. 1935, D 32916/3 c Wz B S XII.)

[Bd.]

Hauptschriftleiter: Rechtsanwalt Rudolf Hensen, Berlin W 35, Lützowufer 18 II. Stellvertreter: Carl-Herbert Wechmann, Berlin W 35, Tiergartenstr. 20. — Für die Anzeigen verantwortlich in Vertr.: H. Schlüßler, Leipzig C 1, Dresdner Str. 11/13. Druck: Oscar Brandstetter, Leipzig. — DA. I. Vj. 35: 21 530.